

Overleven in de metajuridische marge

Citation for published version (APA):

Roos, N. H. M. (2004). *Overleven in de metajuridische marge: Rede gehouden ter gelegenheid van het afscheid als hoogleraar Metajuridica*. Universiteit Maastricht.

Document status and date:

Published: 01/10/2004

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Prof. Mr. N.H.M. Roos

Overleven in de metajuridische marge¹

Prolegomena

Mijnheer de prorector, geachte collega's, lieve vrienden en familie en alle anderen hier aanwezig bij deze afscheidsrede.

Antropologen vertellen ons dat een afscheidsrede een “rite de passage” is. Dit is een enigszins teatraal en symbolisch proces waardoor de samenleving een verandering van sociale status van één of meer van haar leden markeert en psychologisch aanvaardbaar maakt. Zoals sommigen van u ongetwijfeld uit de lokale media hebben vernomen, was het nog niet duidelijk of mijn passage er één was van gewoon hoogleraar naar emeritus-hoogleraar, zoals ik meende, dan wel slechts naar oud-hoogleraar, zoals rector Mols en decaan Heringa al enkele maanden lang bleven beweren. Ik kan u echter mededelen dat ik een week geleden een brief kreeg van de rector, helaas net als de decaan om hem moverende, maar mij niet bekend gemaakte redenen verhinderd om hier vandaag aanwezig te zijn, waarin stond dat hij pas onlangs tot het inzicht was gekomen dat ik met vervroegd pensioen ben gegaan en dus emeritus ben. Niemand zal voortaan nog kunnen beweren dat het bestuur van deze instelling over één nacht ijs gaat! Maar ook ik heb iets gedaan wat de overgang naar het emeritaat enigszins kan blokkeren. Ik

¹ Licht bewerkte tekst van de rede gehouden op 22 oktober 2004 ter gelegenheid van het afscheid als hoogleraar Metajuridica aan de juridische faculteit van de Universiteit Maastricht

heb u namelijk - overigens niet met voorbedachte rade - misleid ten aanzien van het onderwerp van deze afscheidsrede.

Op 29 oktober a.s. zullen de regeringsleiders van de EU-landen in Rome de Europese Constitutie ondertekenen. Ik was van plan hier, zoals aangekondigd, een pleidooi te houden om u ervan te overtuigen nee te stemmen bij het vermoedelijk volgend jaar te houden raadplegend referendum. Ik moet u echter teleurstellen, want dat betoog zal ik niet vandaag houden, maar pas op 16 december als ik een lezing geef voor European Studies-studenten, waarbij ik onmiddellijk daarna, zo heb ik begrepen, in debat mag treden met Frans Timmermans, volksvertegenwoordiger van de PvdA en lid van de Europese Conventie als afgevaardigde van de Tweede Kamer. De reden dat ik mijn pleidooi niet vandaag houd, is echter niet dat ik mijn kruit nog even droog wil houden, maar dat ik in het kader van mijn betoog tegen de constitutie het een en ander moest zeggen over mijn opvatting van de democratie. De democratie is namelijk in mijn visie zowel in de beraadslagingen van de Europese Conventie als in het door haar afgeleverde product, de Europese Constitutie, zodanig tekort gedaan, dat het mij beter lijkt te pogen deze verdragswijziging eerst maar eens af te wijzen in de hoop dat een volgende Conventie beter werk zal afleveren. Zoiets kun je alleen beweren als je eerst duidelijk maakt wat je onder democratie verstaat. Al schrijvende over democratie constateerde ik dat ik bezig was een uiteenzetting te geven over de algemene theorie waarvan mijn democratietheorie een onderdeel is. Ik realiseerde mij toen dat ik kennelijk behoefte had aan wat je als hoogleraar ter gelegenheid van je

afscheidrede eigenlijk altijd zou moeten doen, namelijk een schets geven van de bijdrage die je aan de wetenschap denkt te hebben geleverd. Een soort ultieme verantwoording dat het niet allemaal “a waste of time and money” is geweest. Dat is dus wat ik u vandaag wil bieden en de titel van mijn lezing heb ik daarom aangepast. Die luidt nu: “Overleven in de metajuridische marge”. De lezing over wat ik op de Europese Constitutie tegen heb, zal ik overigens publiceren op een tegen die tijd met hulp van mijn vriend George Span gecreëerde website met de naam “Nederland NEderland”, een website die ik verder hoop te ontwikkelen bij wijze van bron van informatie en discussie over de Europese constitutie en in het bijzonder ter ondersteuning van de tegenstemmers.

Zoals destijds ook in de lokale media is vermeld, heb ik deze universiteit verlaten omdat ik mij niet kon verenigen met het anderhalf jaar geleden ingevoerde wetenschapsbeleid van de juridische faculteit. Iedere onderzoeker moet sindsdien 75% van zijn onderzoekstijd besteden aan onderzoek binnen de thema's en als lid van de onderzoekscholen Ius Commune en Grondrechten. Dat beleid was volgens mij in strijd met de door het Ecosoc-Verdrag (artikel 15) en de Wet op hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (artikel 1.6) gegarandeerde academische vrijheid en de in samenhang daarmee (artikel 9.19) aan de hoogleraar toegekende verantwoordelijkheid op zijn onderzoeksgebied. Meer recent is het nieuwe wetenschapsbeleid, nog wat verder aangescherpt en gebruikt als basis voor een reorganisatie waarvan bij uitstek en geenszins toevallig de capaciteitsgroep Metajuridica, waarvan ik meer dan tien jaar

voorzitter ben geweest, het slachtoffer is geworden. Deze afscheidsrede markeert dan ook niet alleen mijn persoonlijk afscheid, maar mede dat van een belangrijk deel van het metajuridisch wetenschappelijk personeel en hun onderwijs en onderzoek in deze faculteit.

Over de juridische betekenis van de academische vrijheid wil ik het vandaag niet hebben. Wel wil ik u in deze afscheidsrede en passant duidelijk maken dat grondslagenonderzoek zoals door mij verricht, in het kader van de twee genoemde onderzoeksscholen niet mogelijk zou zijn geweest en dat het mij dus bepaald niet ging om juridische “Prinzipienreitererei” toen ik ten strijde trok tegen het nieuwe wetenschapsbeleid.

Mijn onderzoek past in de oorspronkelijke doelstelling van deze faculteit, die van het geïntegreerd discipline-overschrijdend onderzoek van het recht. Die oorspronkelijke doelstelling is thans grotendeels verlaten. Grensoverschrijding wordt nu nog hoofdzakelijk letterlijk opgevat als “de nationale grenzen overschrijdend”. Het gaat dus om rechtsvergelijking en Europees en internationaal recht. Daar is niks op tegen, maar het is wel iets anders en in ieder geval een flinke beperking van de oorspronkelijke doelstelling. Overigens heb ik, naar mijn bescheiden mening, ook mijn sporen verdiend binnen dat meer beperkte kader. Ik was jarenlang voorzitter van de Commissie Internationalisering en van het onder mijn voorzitterschap op de avond van de val van de Berlijnse Muur opgerichte Academia-netwerk voor studentenuitwisseling. Ik was coördinator van het eerste grote juridische Tempus-programma in Europa, een

programma waarin het Academia-netwerk de toen nog enige juridische faculteit van de Budapest hielp om in de West-Europese vaart der volkeren te worden opgenomen. Ook viel mij de eer te beurt auteur te zijn van een programmatische schets van de onderzoeksschool Ius Commune op basis waarvan de drie deelnemende faculteiten elkaar ten langen leste konden vinden. Vervolgens ben ik ook nog vier jaar opgetreden als Aio-opleidingscoördinator van diezelfde onderzoeksschool. Binnen de faculteit was ik vanaf het begin van die opleidingen metajuridisch coördinator en docent in de Master of European and European Comparative Law en in het European Legal Studies-programma. Dat was een groot voorrecht en genoeg omdat ik mocht samenwerken met zulke eminente geleerden en voortreffelijke docenten als Raoul van Caenegem, emeritus hoogleraar rechtsgeschiedenis en middeleeuwse geschiedenis aan de universiteit van Gent, de CWS-historicus Pieter Caljé, de rechtsfilosoof Frank van Dun, de politicologen Ben Hoetjes en Sef Janssen, experts op het terrein van respectievelijk regionale Europese samenwerking en de Europese publieke opinie, de internationaal-econoom Aad van Mourik en de politicoloog Hans Slomp van de KU-Nijmegen, expert op het terrein van vergelijkende arbeidsverhoudingen en sociale zekerheid. Ik spreek hierbij mijn grote erkentelijkheid uit voor zoveel jaren van voortreffelijke en inspirerende samenwerking!²

² “Teder nadeel heb z’n voordeel” is de bekendste uitspraak van Johan Cruyff, Nederlands grootste levensfilosoof sinds Desiderius Erasmus. Zo ook hier, althans potentieel. Rechtshistoricus Louis Berkvens heeft dankzij zijn lidmaatschap van de onderzoeksschool Ius Commune de slachting in de capgroep overleefd. Net als ik heeft hij een bescheiden, maar al met al toch substantiële bijdrage mogen leveren aan een grotendeels door collega Van Caenegem geschreven Engelstalig rechtshistorisch bronnenboek ter ondersteuning van diens boek “The History of European Public Law”. Tot een uitgave van dit bronnenboek, dat Berkvens had willen gebruiken in het rechtshistorisch onderwijs, is het helaas om commerciële redenen totnogtoe niet gekomen. Ik kan mij voorstellen dat nu de verantwoordelijkheid voor het blok Metajuridica binnenkort wellicht in belangrijke mate zal neerkomen op onze rechtshistorici, deze gelegenheid zal worden benut om de abominabele kennis van de

Ook veel van mijn publicaties getuigen van affiniteit met Europese integratie en grondrechten. Zo publiceerde ik over kenmerkende conceptuele, politiek-cultuurhistorisch bepaalde verschillen tussen de Amerikaanse en Engelse, de Franse en de Duitse recht³. Daarna waagde ik mij aan de conceptualisering van de eigendom in Europees vergelijkend perspectief⁴. Ik publiceerde over het European Charter of Fundamental Rights⁵, alsmede over het Europese democratisch deficit⁶. Tamelijk recent nog publiceerde ik over rechtsideologie en academische lobbies in de privaatrechtelijke sector van de Ius Commune-beweging⁷. Ik hoop genoemde studies over ongeveer een half jaar in gebundelde vorm te publiceren onder toevoeging van beschouwingen over mijn thema van a.s. december, de Europese constitutie. Die publicatie onder de titel “Democracy, Law and European Identity” zal plaatsvinden op een website Metajuridica, een initiatief van Frank van Dun, waardoor de hier ter plaatste afgedankte groep grondslagenonderzoekers z’n bestaan in virtuele vorm hoopt te gaan voortzetten. Op die website zullen wetenschappelijke studies worden gepubliceerd die het begrip en de kritiek van de moderne samenleving en haar recht kunnen dienen. Via die website zult u ook kennis kunnen

geschiedenis onder onze studenten wat verder bij te spijkeren. Het bronnenboek zou daar wellicht goede diensten bij kunnen verrichten, omdat het bijna steeds gaat om bronnen die van Europees- en wereldhistorische betekenis zijn geweest.

³ Dinosaur-Complex versus Legal Pluralism, in: B. de Witte & C. Forder, *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer 1992.

⁴ On Property without Properties, in: G.E. van Maanen & A.J. vd Walt (eds.), *Property on the Threshold of the 21st Century*, Antwerpen 1996.

⁵ Fundamental Rights, European Identity and Law as a Way to Survive, in: A. Soeteman (ed.), *Pluralism and Law, Proceedings of the 20th IVR World Congress Vol. 1*, ARSP.

⁶ Deficit of Democracy or Democratic Deficit? Transition in, to and from Europe, in: W. Krawietz & C. Varga, *On Different Legal Cultures, Premodern and Modern States and The Transition to Rule of Law*, Beiheft Rechtstheorie Band 33.

nemen van een beschouwing waarin Mark Stout het fascinerende historisch-theoretische perspectief schetst dat ten grondslag ligt aan zijn promotie-onderzoek naar de ontwikkeling van de EU-bureaucratie. Van dat onderzoek heb ik het grote genoegen ook na mijn ontslag nog steeds de begeleider te mogen zijn samen met Nico Baakman, die inmiddels gelukkig zijn toevlucht gevonden heeft als universitair docent bij European Studies.

U ziet, ik ben “Von Kopf biss Fuss auf Europa eingestellt” en kon derhalve ook uitstekend vreedzaam coëxisteren en zelfs coöpereren met de onderzoeksscholen tot het moment dat er een schoolplicht werd ingesteld. Toetreden tot de onderzoeksschool Ius Commune of Grondrechten voor 75% van mijn onderzoekstijd zou voor mij namelijk een aanzienlijke minwaarde hebben gehad, omdat alles wat ik over Europese kwesties en grondrechten heb gepubliceerd vanuit metajuridisch perspectief gezien toegepast en niet fundamenteel onderzoek is. Er is natuurlijk helemaal niks tegen toegepast onderzoek, al was het maar omdat op die manier de waarde van theoretisch onderzoek kan worden getest. Het laatstgenoemde kan weliswaar worden geïnspireerd door de studie van het Ius Commune of de praktijk van de handhaving van grondrechten, maar heeft daarin niet zijn intellectuele wortels en evenmin zijn per definitie meest interessante toepassingsgebied. Het nieuwe wetenschapsbeleid maakte derhalve niet alleen in formele zin inbreuk op mijn academische vrijheid zelf het object en de methoden van mijn onderzoek te mogen kiezen.

⁷ NICE Dreams and Realities of European Private Law, in: M. van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford 2004.

Waar ging en gaat mijn fundamentele onderzoek dan over? Over niets meer of minder dan de grondslagen van recht en politiek in het moderne westen, het centrale thema dat ons ook als capaciteitsgroep bond rond het met name door de politicoloog Huub Spoormans, thans decaan van de juridische faculteit van de OU, ontworpen en later door Frank van Dun verder ontwikkelde blok Metajuridica, waarin rechtsfilosofie, politieke filosofie, politieke geschiedenis, sociaal-economische geschiedenis en economisch onderwijs op zeer geslaagde wijze waren geïntegreerd. Dit blok zal, zo vrees ik, net als het al genoemde metajuridische European Legal Studies-onderwijs, bij gebrek aan voldoende competente docenten worden toegevoegd aan de toch al aanzienlijke schroothoop van het juridisch probleemgestuurd onderwijs, waarvan ik de aftakeling al 15 jaar geleden heb voorspeld. Helaas is dat geen self-denying prophecy gebleken ook al wordt de valse schijn van het tegendeel nog steeds dapper opgehouden door formules als pgo+ .

Metajuridica, dat wil zeggen de sociaal-wetenschappelijke en filosofische studie van het recht, werd in het onderwijs ook wel aangeduid als “de relativerende vakken”. Dat drukt ook iets uit van het relatieve belang dat er door de meeste juristen aan wordt toegekend, namelijk als hulpwetenschappen of iets dat enig wetenschappelijk en cultuurhistorisch cachet geeft aan de studie van het positieve recht. Telkens weer komen in Nederlandse faculteiten de metajuridische vakken onder zware druk te staan als gevolg van bezuinigingen. In sociologisch perspectief gezien, zo schreef ik anderhalf jaar geleden in het Nederlands

Juristenblad, is dit heel begrijpelijk en in zoverre is wat in deze faculteit met zoveel metajuridici is gebeurd dan ook niets bijzonders. Metajuridici bezetten bijna altijd een marginale plaats in juridische faculteiten. Het gevolg daarvan is dat ze de hardste klappen krijgen als er niet genoeg geld is. En dat zal altijd zo blijven, tenzij metajuridici erin slagen een omwenteling te bewerkstelligen in het hart van de dogmatische studie van het positieve recht. In het verleden heeft het daar soms naar uitgezien. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de snelle opkomst van leerstoelen in het natuurrecht in de achttiende eeuw. Iets dergelijks leek te gebeuren toen de sociaal-wetenschappelijke bestudering van het recht in opkomst was, de rechtssociologie in de jaren zeventig, de rechtseconomie in de jaren tachtig en de rechtspsychologie in de jaren negentig. Maar het blijft toch een strijd om overleven in de marge zolang metajuridici er niet in slagen om de dogmatische rechtswetenschap een aantrekkelijk nieuw paradigma te bieden, dat wil zeggen een perspectief dat de dogmatische rechtswetenschap als het ware van binnenuit verbindt met een maatschappijtheoretisch begrip van recht.

1. *Per aspera ad astra*

Aan laatstgenoemde doelstelling, min of meer impliciet gesteld door de geestelijke vaders van de faculteit, Hans Crombag en Job Cohen, is mijn werk in belangrijke mate gewijd geweest. De naam van mijn theorie, Law as a Way to Survive (LWS), is een letterlijke vertaling van de titel van het prachtige boek “Recht als een manier van overleven”, dat Hans Crombag in 1983 heeft gepubliceerd. Dat boek kreeg ten onrechte weinig aandacht

omdat sociobiologie en neo-behaviouristische psychologie toen nog in een kwade reuk stonden. De tijd van de affaire-Buikhuisen lag in 1983 nog maar kort achter ons. Hoewel ik zelf destijds het boek al zeer kon waarderen, kon ik mijn eigen onderzoek er anders dan nu nog niet in plaatsen. Ik hoop dat Hans mij dit titelplagiat wil vergeven, want het is natuurlijk ook bedoeld als een intellectuele schuldbekentenis van iemand die pas zeer geleidelijk maar wel door Crombag geïnspireerd op het spoor van de empirisch-utilitaire benadering van recht is geraakt. Hoe dat is gegaan zal ik nu pogen te schetsen.

Direct nadat ik hier in februari 1985 in Maastricht aan de slag ging, heb ik de nodige maanden besteed aan het schrijven van een klein boekje met de titel “Grondwet en kruisvluchtwapens”. Ik hekelde daarin de opportunistische wijze waarop juristen hun argumenten voor of tegen de toelating van Amerikaanse kruisvluchtwapens op Nederlandse bodem lieten afhangen van hun politieke voorkeuren. Zo’n boekje zou ik nu niet meer kunnen schrijven, omdat het immers niet het terrein van de grondrechten of het Ius Commune betrof. Dit gegeven illustreert – dit terzijde - het politieke belang van de academische vrijheid. Omdat de kwestie van de kruisvluchtwapens bepaald niet de eerste keer was dat ik geconfronteerd werd met het opportunisme waarmee rechtsgeleerden met rechtsregels kunnen omspringen, vroeg ik mij af in hoeverre rechtsmethodologische opvattingen werkelijke betekenis hebben voor hoe juristen te werk gaan. Aan die kwestie was mijn oratie “De Nederlandse privaatrechtsleer in dramatisch perspectief” gewijd. Ik verdedigde daar dat de beroemde controverse “Leiden-

Amsterdam” theoretisch gezien weinig of niets om de hakken had gehad en voornamelijk geïnspireerd was door persoonlijke tegenstellingen die deels weer verband hielden met de rol van de twee faculteiten in de oorlog. Daarmee was ik op kennelijk zeer gevoelige “Amsterdamse” tenen gaan staan getuige de reacties, waarvan de meest recente, die van Van den Bergh in WPNR van twee jaar geleden, leidde tot een door hem ongetwijfeld niet beoogde bevestiging van mijn these, waarvan ik dacht dat die al lang weer in het grote vergeetboek van de wetenschap terecht was gekomen. De reden dat ik dat dacht was onder andere dat het alom geprezen proefschrift van Erik Florijn over “Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek” waar deze in 1994 bij Gerrit van Maanen en mij is gepromoveerd, geïnspireerd was op de door mij in mijn oratie bepleite kennissociologische benadering, maar dat dit niet of nauwelijks was opgemerkt. Dit was des te opmerkelijker waar Florijns proefschrift kan worden gelezen als eerbewijs voor het Leidse boegbeeld Eduard Meijers, de voornaamste ontwerper van het nieuwe BW. Voor mij was het proefschrift een bevestiging van het beeld dat ik van Meijers in mijn oratie had geschetst, namelijk als iemand die niet opportunistisch, maar systematisch te werk ging en die niettemin heel pragmatisch en flexibel kon opereren omdat hij de doelmatigheid van recht en rechtswetenschap tot uitgangspunt had. Meijers werd aldus een blijvende bron van inspiratie voor mij. De kennissociologische benadering van de rechtstheorie heb ik ook nog gevolgd in mijn meest recente publicatie, namelijk die betreffende diverse stromingen in de Ius Commune beweging in het privaatrecht. De kennissociologische benadering heeft echter immanente grenzen

in het gegeven dat zij zelf een onafhankelijke waarnemingspositie lijkt te veronderstellen waarin recht en denkbeelden over recht als potentieel contrasterende grootheden kunnen worden opgevat. Als er geen ware juridische uitspraken zijn, verliest ook de kennissociologisch benadering ieder houvast. Ik was mij overigens al van dit probleem bewust ten tijde van de kwestie van de kruisvluchtwapens.

Mijn belangstelling voor de vraag of de grondwet stationering van Amerikaanse kruisvluchtwapens toeliet, kwam niet voort uit een politiek standpunt, maar uit een rechtstheoretisch interesse in constitutionele rechtsvinding. Het probleem hoe de relatie tussen constitutie en recht te denken vormde dan ook de achtergrond van het eerste artikel dat ik in mijn Maastrichtse carrière publiceerde. Ik heb op dit kleine artikel, dat gewijd was aan paradoxen van constitutionele rechtsregels, al met al anderhalf jaar gewerkt. Gemeten aan de huidige productienormen volgens welke diepgang en originaliteit wegens onmeetbaarheid niet meetellen, had ik dus al meteen weer ontslagen moeten worden.

De vraag die ik aan de orde stelde was of regressie in het oneindige onvermijdelijk is in constituties. We kennen immers regels voor de verandering van regels van de constitutie. Kunnen die regels logisch gezien ook betrekking hebben op zichzelf of niet? Zo niet, zou men weer regels kunnen opnemen over de verandering van veranderingsregels, maar ten aanzien van de regels kan de vraag dan weer worden herhaald. Mijn antwoord op deze kwestie luidde dat het in ieder geval wel mogelijk is om

constitutionele regels, inclusief de veranderingsregels zelf, uit te sluiten van veranderbaarheid. In dit kleine en nauwelijks opgemerkt gebleven artikel⁸ is in feite de logische mogelijkheid van een positivistisch model van recht voor het eerst aangetoond, want als onveranderlijkheid van rechtsregels logisch niet construeerbaar zou zijn, zou positief recht altijd berusten op een niet-positieveerbare vooronderstelling. Hans Kelsen, de aartsvader van het continentale rechtspositivisme van de vorige eeuw, was van mening dat dit ook werkelijk zo was. Hij noemde zijn eigen “Grundnorm”-hypothese precies om die reden een paradox. De “Grundnorm” moet de positieve rechtsorde funderen, maar is zelf een vooronderstelde en niet een positieve norm. Zou de Grundnorm immers uitdrukkelijk worden uitgevaardigd, dan zou hij zichzelf al weer vooronderstellen. Maar Kelsen had het dus mis, want zelffundering van positief recht is logisch gezien wel degelijk mogelijk, de Grundnorm is als vooronderstelling overbodig. Maar dat neemt niet weg dat het model altijd minstens impliciet moet verwijzen naar achterliggende motieven op grond waarvan de beperking van de veranderbaarheid van constitutionele regels kan worden gerechtvaardigd. Wil men zich namelijk beperken tot het blote feit dat een constitutie veranderbaarheid binnen zekere grenzen uitsluit, dan heeft men immers ook geen rechtvaardiging nodig zich van die uitsluiting niets aan te trekken en om in plaats van langs constitutionele weg regels te veranderen, eenvoudig feitelijk de constitutie te veranderen, dat wil zeggen een soort

⁸ The Identity of Legal Systems in the Light of some Paradoxes of Constitutional Law, in: E. Atwoll (ed.), *Shaping Revolutions*, Aberdeen 1991. Wel leidde het tot een bijdrage aan A.J. Arnaud (red.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (deuxième édition), Paris 1993 (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence), pp.422-424, onder de titel “Paradoxes en Droit”.

juridische staatsgreep te plegen. Een handige manier om dat te verbloemen is de grondwet uit de losse pols te interpreteren, zoals de door mij bekritiseerde auteurs in Grondwet en Kruisvluchtwapens.

2. Kritisch rechtspostivisme

Mijn kleine artikel leverde aldus een bevestiging van het Dworkiniaanse model van recht in zoverre rechtsregels niet los kunnen worden gedacht van achtergrondtheorieën die geacht worden de constitutie te rechtvaardigen. Deze theorieën zijn dan wel niet noodzakelijkerwijs syntactische, maar wel semantische en pragmatische vooronderstellingen van constitutionele rechtsvinding. Dat tast het positivistische model van recht en rechtsvinding op zichzelf genomen echter niet aan, tenzij dezelfde expliciete wetsteksten zich telkens anders laten interpreteren afhankelijk van welke achtergrondtheorieën geacht worden te zijn geïmpliceerd.⁹ Vanuit het rechtspositivistische ideaal van expliciteit van rechtsregels, hier vorige week nog beleden en op indrukwekkende wijze in de praktijk gebracht in het proefschrift van Fokke Fernhout, voormalig lid van de capgroep Metajuridica, zou je dan moeten pleiten voor zoveel mogelijk explicatie, opdat het onderscheid tussen interpretatie van rechtsregels en een juridische staatsgreep ook wat duidelijker is.

⁹ Dat dit niet slechts een theoretische mogelijkheid is, blijkt wel uit het feit dat veel communistisch recht van de Centraal-Europese landen weliswaar is overgenomen en niet formeel is afgeschaft, maar geherinterpreteerd is op postcommunistische leest.

Er is echter nog een andere visie mogelijk op recht en de daarin geïmpliceerde presupposities. Je kunt de vraag stellen of als je maar blijft insisteren op coherentie in het recht je niet ook onvermijdelijk uitkomt op bepaalde rechtspremissen van materiële aard. Dit is namelijk wat Dworkin beweert. Volgens hem is juridisch redeneren intrinsiek gebonden aan het beginsel van “equal concern and respect”. Dit impliceert volgens Dworkin dat mensen ook een recht op gelijke startkansen moeten hebben, dat ze gelijke vrijheid moeten hebben hun leven naar eigen inzicht in te richten en dat ze als het om collectieve beslissingen gaat, allemaal een gelijke stem moeten hebben, dat wil zeggen dat het politieke systeem democratisch moet zijn. Tegelijkertijd wil Dworkin dit echter voorstellen als niet meer dan een achtergrondideaal van het recht, waartegen de rechter het recht moet zien te interpreteren. Hij gaat niet zo ver te stellen, dat de wetgever niet aan het bestaande recht is gebonden als zo’n interpretatie niet mogelijk is. Je kunt je natuurlijk met Hart afvragen wat een rechter in Nazi-Duitsland met zo’n onmogelijke opdracht had moeten doen. Dworkin draaft duidelijk door. Uit het feit dat de rechter gelijke gevallen gelijk en ongelijke gevallen ongelijk moet behandelen, volgt immers niets over wat als rechten van mensen moet worden erkend, laat staan dat mensen een recht op gelijke startkansen zouden moeten hebben. Maar betekent dit omgekeerd dat aan het verbod van willekeur als uitgangspunt van juridisch redeneren geen enkele geïmpliceerde morele betekenis toekomt?

Volgens Lon Fuller bestaat er wel degelijk zoiets als een “internal morality of law”¹⁰. Fuller verstond daaronder een aantal regels die alle te maken hebben met het feit dat recht een communicatiemiddel is tussen overheid en burgers en tussen burgers onderling. Die communicatie kan alleen slagen als regels behoorlijk worden afgekondigd, redelijk duidelijk zijn, niet te vaak veranderen, niet in strijd met elkaar zijn, in principe geen terugwerkende kracht hebben, van de burger niet het voor een normale mens onmogelijke verlangen en als ambtenaren en in het bijzonder rechters zich ook gebonden voelen aan de afgekondigde regels. Fuller interpreteerde deze regels als noodzakelijk voor het vertrouwen dat burgers in hun overheid moeten kunnen hebben om het onderliggende doel van recht te realiseren, namelijk een zich aan rechtsregels oriënterende, vreedzame samenleving. Hart¹¹ heeft Fuller’s idee van een “internal morality of law” bekritiseerd omdat het alleen maar zou gaan om instrumentele regels, regels van goede ambachtelijkheid als wetgever. In ieder geval had Hart gelijk met zijn kritiek dat Fuller’s interne moraal van recht gerespecteerd zou kunnen worden en tegelijkertijd de inhoud van het recht buitengewoon afschuwelijk zou kunnen zijn. Maar ook al is dat zo, dat neemt niet weg dat als de overheid zich aan deze regels gebonden acht, het gedrag van de overheid in ieder geval redelijk voorspelbaar is voor de burgers en dat ze, voor zover het recht hun enig bescherming biedt, daar ook een beroep op kunnen doen. Worden ze daarentegen niet gerespecteerd dan heeft de burger ook geen reden vertrouwen in de overheid te

¹⁰ L.L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven rev. Ed. 1972

¹¹ H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harvard Law Review* 593.

hebben. Bij gebrek aan vertrouwen zullen de burgers het recht, voor zo ver het al kenbaar is, massaal negeren en is er van een effectieve rechtsorde geen sprake meer. Als eigenlijk niet kan worden vastgesteld wat het geldende recht is, omdat het voortdurend verandert, eventueel met terugwerkende kracht, en de overheid zich er zelf niet aan houdt, is het recht datgene wat rechters of andere autoriteiten zo uitkomt. En als het recht dermate afschuwelijk is, dat de getroffen en als ze het recht gehoorzamen in een toestand komen die praktisch even rechteloos is als die wanneer er geen recht was, dan gaat dit laatste hoe langer hoe meer het karakter aannemen van een theatervoorstelling, zoals bij de showprocessen in Rusland onder Stalin.

Opvallend is dat je ook in Hart's theorie elementen van enigszins idealistische aard tegen komt. Deze deden bij mij de vraag rijzen of het positivistische model van recht in feite minder waardeonafhankelijk is dan menig positivist wil doen geloven. Om te beginnen is het zo dat de regels van Fuller's "internal morality of law" in feite al geïncorporeerd zijn in Hart's model van recht. Als het immers praktisch niet meer mogelijk is vast te stellen wat geldend recht is, kan recht niet meer in empirische zin bestaan of hooguit met dezelfde werkelijkheidsstatus als een showproces. Verder onderbouwde Hart het belang van het rechtspositivistisch model met de these van de scheiding van recht en moraal. Hart meende dat als recht geïdentificeerd wordt met moraal, dat wil zeggen met regels die geacht worden uitdrukking te zijn van geldende morele waarden, aan positief recht een waarde wordt toegekend, die mogelijk helemaal niet

gerechtvaardigd is. Met andere woorden, volgens Hart maakt positiviteit recht kritiseerbaar vanuit een extern moreel gezichtspunt zonder dat aan de zekerheid van het bestaande recht als zodanig afbreuk hoeft te worden gedaan. Die rechtszekerheid is volgens Hart van belang voor zowel overheid als burger, zij het dat hij niet uitsloot dat er morele redenen kunnen zijn die zwaarder wegen dan de gebondenheid aan het positieve recht. Hart's pleidooi voor een scheiding van recht en moraal lijkt moeilijk verenigbaar met de geachte dat aan de Fuller's "internal morality of law" alleen een instrumentele betekenis zou toekomen. Bovendien suggereert Hart dat positiviteit van recht de morele kritiek van het recht dient. Dit deed bij mij de vraag opkomen of het rechtspositivisme historisch gezien wellicht eerder een theorie is geweest die beoogde het bestaande recht bekritiseerbaar en verbeterbaar te maken vanuit een theorie over de doelstelling van het recht, een "kritisch rechtspositivisme" dus. In de utilitaristische traditie van Jeremy Bentham c.s. waarin Hart stond, is die vraag ook zeker positief te beantwoorden. In ieder geval leek er mij een relatie te bestaan tussen de rechtspositivistische these van het belang van de scheiding van recht en moraal en burgerlijke openbaarheid als kritische instantie ten opzichte van het overheidsgezag. Het is immers duidelijk dat er van rechtskritiek praktisch niets terecht kan komen als de overheid de macht heeft om critici de mond te snoeren. Zo gezien is er dus ook een interne relatie tussen rechtsstaat, fundamentele rechten en politieke en justitiële openbaarheid, want openbare kritiek uitoefenen zonder garantie voor bescherming van lijf en goed is een hachelijke zaak. En zelfs als die er wel is, is de verleiding voor de overheid

om door dreiging met sancties kritiek de kop in te drukken groot, zoals sommige metajuridici hier uit eigen ervaring kunnen getuigen.

3. Een blinde vlek

Maar bij Hart is nog meer aan te treffen dat onthullend is voor de achtergrond van zijn theorie, namelijk wat hij te zeggen had in zijn “The Concept of Law” over “The Minimum Content of Natural Law”¹². Deze is volgens Hart bepaald door “the minimum purpose of survival which men have in associating with each other”. Mensen associëren zich omdat ze individueel kwetsbaar zijn, min of meer gelijk zijn, slechts in beperkte mate altruïstisch zijn ingesteld, te kampen hebben met schaarste en tenslotte beperkt van begrip zijn en weliswaar willig van geest, maar ook zwak van vlees. In feite hadden, zo vermeldt Hart, Hobbes en Hume deze factoren al genoemd als bepalend voor de noodzaak van recht en staatsmacht. “It is true”, aldus Hart, “that the denial of these elementary protections to any class of human beings, willing to accept the corresponding restrictions, would offend the principles of morality and justice to which all modern states pay, at any rate, lip-service”¹³. In de praktijk, zegt Hart echter vervolgens, kunnen staten zich ook handhaven als ze alleen een deel van hun burgers de bescherming geven die ze nodig hebben. Dat deze natuurlijke feiten recht noodzakelijk maken, wil dus helemaal niet zeggen dat positief recht niet ook buitengewoon onrechtvaardig zou kunnen zijn. Ondanks deze

¹² H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (sec. ed.), Oxford 1994.

¹³ T.a.p., p. 200

relativering van de “minimum content of natural law” erkent Hart aldus toch wel dat deze functioneel noodzakelijk is voor “the minimum purpose of survival” voor tenminste die groep die geacht wordt van het rechtssysteem te profiteren. Daaruit volgt dat de “inner morality of law” een moreel aspect heeft vanuit het aan recht inherente minimale doel het overleven te bevorderen, zij het niet noodzakelijkerwijs voor iedereen die aan the recht onderworpen is. Omgekeerd kan echter de vraag worden gesteld waarom iemand zich van de kant van de staat en van zijn medeburgers meer zou moeten willen laten aanleunen dan wat voor het overleven van het individu in het algemeen noodzakelijk is en welke rechtvaardiging de staat kan inroepen tegenover die mensen waarvan de staat het overleven niet wenst te beschermen. Dat kan alleen maar zijn dat het overleven van sommige groepen mensen belangrijker zou zijn dan dat van andere en dat is iets waar de minderwaardig geachte groep het natuurlijk zelden mee eens zal zijn. Het gekke is dat Hart zijn theorie van een “minimum content of natural law”, ondanks zijn verwijzing naar Hobbes en Hume, als nogal triviaal en betrekkelijk irrelevant voor de rechtswetenschap afdeed. Ik ben dan ook niet rechtsreeks via Hart op het idee gekomen van “Law as a Way to Survive”, hoewel dit bij hem, zeg ik achteraf, eigenlijk voor het opscheppen ligt en dat geenszins toevallig gelet op de antimetafysische, utilitaristische traditie waarin Hart thuis hoort. Nee, ik kwam ertoe via reflectie op Thomas Hobbes en op Hobbes kwam ik ook niet via Hart, maar langs een tamelijke grote omweg onder invloed van enigszins toevallige factoren. In de wetenschap is het nu eenmaal zo, en het zou fijn zijn als de schoolmeesters en –juffen van de wetenschap zich dat nu eens

echt ter harte zouden willen nemen, dat je als onderzoeker geregeld langs tamelijk kromme en onvoorspelbare wegen tot resultaten komt. In mijn geval is het ongeveer als volgt gegaan.

4. Property without properties

Meijers heeft in zijn in 1948 gepubliceerd “De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht” laten zien hoe men een geheel op doelmatigheidsoverwegingen gebaseerde wetenschappelijke begripsvorming voor het privaatrecht kan opzetten. Deze begrippen hebben dan geen ander doel dan op een zo coherent en efficiënt mogelijke wijze het recht te systematiseren. Meijers’ opvatting past in de lijn van wat ik boven uiteen heb uiteengezet over een kritisch rechtspositivisme. Dit rechtspositivisme moet zich in het bijzonder keren tegen metafysisch geïnspireerde begripsvorming in het recht. Als aan rechtsbegrippen een metafysische betekenis wordt toegekend, bestaat de tendens om praktische consequenties af te leiden uit rechtsbegrippen in plaats van ze te zien als een middel om systematiek aan te brengen in regels waarvan de wenselijkheid als zodanig niet door die begrippen kan worden gerechtvaardigd, maar bijvoorbeeld op basis van Hart’s theorie van een “minimum content of natural law”. Toen collega Van Maanen mij uitnodigde voor een door hem in 1995 met zijn Zuidafrikaanse collega André van der Walt georganiseerd internationaal congres over eigendom hier in Maastricht, heb ik mij in het bijzonder gericht op de kritiek van het gebruik van metafysische begrippen van eigendom en contract. Deze begrippen maken gebruik van fysisch-ruimtelijke metaforen.

Eigendom wordt dan gezien als iets dat z'n bestaan in ieder geval in eerste instantie dankt aan inbezitneming en bewerking. Deze visie op eigendom lag bijvoorbeeld ook ten grondslag aan de theorie van John Locke, de aartsvader van het liberalisme. Volgens hem is eigendom als ware een emanatie van de persoon in de materiële wereld bij wijze van uitoefening van een natuurlijk zelfbeschikkingsrecht van het individu. Ook het contract wordt gezien als een uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht, maar dan door twee partijen tegelijkertijd, zodanig dat de verbintenissen die uit de overeenkomst volgen, alleen zouden kunnen gelden tussen de partijen, maar niet de rechtspositie van derden kunnen beïnvloeden. Deze vrijheidsmetafysica van eigendom en contract leidt tot dogmatische problemen waar generaties juristen mee hebben geworsteld. Bij eigendom draaien die problemen om de botsing van eigendomsrechten, die door figuren als recht van overpad, misbruik van recht of de onrechtmatige daadsnorm van de maatschappelijke zorgvuldigheid worden aangepakt, maar die met het idee van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig niet zijn op te lossen. Bij het contract treden vooral problemen op bij de constructie van driepartijenverhoudingen, zoals bij het derdenbeding, de cessie en de vertegenwoordiging. In mijn congresbijdrage getiteld “Property without properties” (waarmee ik uiteraard doelde op metafysische “properties”), betoogde ik dat deze problemen als sneeuw voor de zon verdwijnen zodra men de metafysische veronderstelling van eigendom en contract als vormen van zelfbeschikking opgeeft en dus ook niet meer hoeft aan te nemen dat er intrinsieke verschillen zijn tussen zakelijke en persoonlijke

vermogensrechten. Daarmee wordt helemaal niet ontkend dat private vermogensrechten essentieel zijn voor de vrijheid van het individu of dat de indeling in zakelijke en persoonlijke rechten niet bruikbaar en handig is, maar wel dat het object van de eigendom of het contract als het ware identiek is met het individu. Die gedachte is het resultaat van een misleidende (meta)fysisch-ruimtelijke metafoor

Maar hoe bracht deze beschouwing over eigendom mij nu verder wat betreft de eerder door mij genoemde kwestie, de impliciete waarden van het rechtspositivisme? Op dat moment eigenlijk nog nauwelijks. Achteraf kan ik echter wel de link leggen. Wat was immers mijn uitgangspunt geweest in mijn beschouwing van eigendom en contract? Juist, de scheiding van recht en moraal! Eigendom is geen absoluut recht als een geëmaneerd deel van het lichaam en de geest van de eigenaar en het contract bindt de partijen niet omdat het een moreel zelfbeschikkingsrecht in de vorm van een belofte representeert, maar omdat een enigszins ontwikkelde maatschappij niet kan functioneren zonder de instituties van eigendom en contract. Sterker nog, het recht gaat er helemaal niet vanuit dat de belofte als zodanig al een rechtsverplichting schept. Een schenkingsbelofte bindt bijvoorbeeld niet en je mag ook bij andere contracten afspreken dat een overeenkomst niet rechtens afdwingbaar zal zijn. Omgekeerd kunnen er hele goede morele redenen zijn waarom men een overeenkomst niet zou behoeven na te komen, waar het recht echter lang niet altijd rekening mee houdt. Zo kan ik mij bijvoorbeeld niet van de verplichting mijn huur te betalen afmaken door aan te voeren dat ik de huursom beter kan

besteden om mijn ernstige zieke vriend, tevens de broer van de verhuurder, financieel bij te staan, zelfs als iedereen het er over eens is dat het schandelijk is dat de verhuurder zijn broer niet helpt.

In 1990 had ik in het kader van een door collega Twan Tak geleid project gericht op de integratie van het publiek recht in Nederland (IPIN) al eens de gedachte gelanceerd van “recht als tweede orde moraal”. Daar figureerde het echter bij wijze van poging tot rechtvaardiging van de staat tegenover het door Frank van Dun ontwikkelde dialogische natuurrecht dat bij hem resulteert in een liberaal-anarchistische positie.¹⁴ Mijn analyse van het vermogensrecht suggereerde echter een scheiding van recht en moraal en niet slechts een beperking van (een dialogisch afgeleide) moraal. Op grond van mijn analyse van het vermogensrecht begon ik nu te vermoeden dat het utilitaire karakter van recht er een grondtrek van is, een fundamenteel uitgangspunt dat niet alleen bepalend is voor de vorm van het recht, zoals Fuller had gesteld, maar ook de inhoud ervan. Tegelijkertijd had ik nog geen grip op de aard van die utiliteit. Ik verwierp het utilitarisme toen nog vanwege de subjectiviteit van nut niet beseffend dat dit probleem kan worden opgelost door

¹⁴ Recht als tweede orde moraal, in: A.W.Heringa en N. Verheij (red.), Publiekrechtelijke bewegingen, Deventer 1990. Frank van Dun en ik zijn eigenlijk al vrij snel gestopt te participeren in het IPIN-project dat voor ons, zo vermoed ik, al gauw een te specialistisch positiefrechtelijk karakter kreeg. Onze korte participatie heeft echter wel degelijk zeer inspirerend gewerkt en ik bewaar mede daardoor ook zeer goede herinneringen aan de beginfase van het IPIN-project dat zich later ontwikkelde tot de “Maastrichtse school”. De “Maastrichtse school” was geen onderzoeksschool, maar “slechts” een gedeeld perspectief op publiekrecht en zo’n informeel wetenschappelijk sociaal verband wordt tegenwoordig kennelijk evenmin als van blijvende waarde voor de faculteit aangemerkt als een door haar zelf erkend excellent onderzoeker als collega Twan Tak, leider van het IPIN-project. Hem is namelijk inmiddels ook ontslag aangezegd. Daarbij heeft hij onlangs nog gedemonstreerd, - zelfs het nationale nieuws heeft er aandacht aan besteed - hoe wezenlijk de academische vrijheid is met het oog op de in een vrije samenleving onontbeerlijke wetenschappelijke kritiek op staat en recht.

het nut van het recht te beperken tot het algemene belang van overleven van het individu.¹⁵

5. Crime and Time

Wederom hielp het toeval mij een stap verder en wel, achteraf gezien, een voor de ontwikkeling van LWS beslissende stap verder. Twee jaar na het eigendomscongres werd een congres over “Law and Time” georganiseerd door de Academy of Legal Theory te Brussel, waaraan ik ook als docent verbonden ben geweest en die hier tot mijn vreugde vertegenwoordigd is door één van haar directeuren, mijn dierbare Vlaamse collega Mark van Hoecke. Als onderwerp koos ik toen de relatie tussen tijd en strafrecht en wel omdat in het strafrecht allerlei intrigerende tijdsfiguren voorkomen, zoals vermindering van het strafmaximum bij poging, verjaring van het recht op strafvervolging e.d. waarvan de rechtvaardiging niet direct evident is. Mijn bijdrage aan het congres droeg de titel “On Crime and Time”¹⁶ en is in feite een complete strafrechtvaardigingstheorie. De kern van mijn betoog kan worden samengevat als de stelling dat het klassieke strafrechtsmodel, dat zijn oorsprong heeft in de Verlichting, er één is waarvan het doel is misdaad zowel meetbaar als beheersbaar te maken. De zwaarte van misdaad wordt bepaald door de mate van in principe voorzienbare en voorkoombare schade die er het gevolg van is in relatie tot een niveau van

¹⁵ Opmerkelijk is dat Jeremy Bentham in de praktijk van zijn rechtskritiek dit algemene overlevensbelang tot uitgangspunt nam en niet zijn praktisch onuitvoerbaar theoretische programma van een “felicific calculus”.

¹⁶ On Crime and Time, in: F.Ost & M. van Hoecke, Time and Law. Is it the Nature of Law to Last?, Brussel (Bruylant) 1998.

voldoende generaal-preventieve afschrikking. Voldoende betekent dan dat de marginale kosten van extra afschrikking door straffen hoger worden dan de baten ervan en dit alles in een breder kader, waarin straffen maar als één van de middelen tot preventie van misdaad moet worden gezien. In een dergelijk systeem speelt de morele waardering van criminaliteit dus in principe geen rol, maar is het de omvang van de door criminaliteit veroorzaakte schade die bepalend is voor de vraag of en in welke mate dit strafbaar dient te zijn, even aannemende dat er sprake is van toerekenbaarheid van de dader. Dat laat zich bijvoorbeeld illustreren aan het zogenaamde putatieve delict. Iemand denkt een fiets te stelen, maar heeft niet in de gaten dat hij zijn eigen fiets aan het stelen is. In moreel opzicht is er natuurlijk geen verschil met de situatie waarin de fiets van een ander was gestolen, want dat was wat de dader dacht te doen. Hij of zij is dus niet meer of minder “slecht” dan een “echte” dief. Alleen zal de samenleving nauwelijks gechoqueerd zijn door zoiets, maar eerder met leedvermaak reageren denkend aan het verbaasde gezicht van de dief als die ontdekt dat hij zich aan het slot van zijn eigen fiets heeft vergrepen. Bij zoveel leedvermaak van de kant van de samenleving zal er ook geen behoefte bestaan aan een afschrikkende reactie. De dader is door zijn eigen domheid al genoeg gestraft. Anders ligt dat echter weer bij de poging, omdat het daar gaat om een misdaad die best had kunnen slagen voor zover het van de dader afhing. Maar waarom dan een poging minder zwaar bestraft dan een voltooid delict? Alweer, dat is niet omdat de dader meer of minder slecht is in morele zin, maar omdat bij een mislukte poging de samenleving veelal juist blijkt geeft van haar vermogen om

misdadige plannen te vrijdelen. De angst voor misdaad wordt derhalve door een poging minder gemobiliseerd dan door een voltooide misdaad. In het klassieke strafrechtsmodel moet vergelding niet in morele zin worden opgevat, maar, zoals de belangrijkste Nederlandse strafrechtsfilosoof van de vorige eeuw, Leo Polak, al grotendeels begrepen had, als *vergelden*, dat wil zeggen als een economische ruil. De misdadiger betaalt door de straf te ondergaan de door hem aangerichte schade aan de afschrikkende werking van de straf doordat het strafrecht door effectief sanctioneren laat zien dat misdaad niet loont. In ruil daarvoor neemt de samenleving de misdadiger vervolgens weer in de samenleving op als een in principe gelijkberechtigde burger. Ik heb dat het Januskop-model van het strafrecht genoemd. Janus, de Romeinse God van overgang, onder wiens hoede ik mij vandaag heb gesteld, keek immers met één van zijn twee gezichten naar het verleden en met het andere naar de toekomst. Anders dan het preklassieke strafrecht is het klassieke strafrecht ook in die zin economisch van aard, dat het alleen leed wil toevoegen voor zover het rendabel is met het oog op generale preventie. Het is niet uit op wraak, maar op rationele beheersing van criminaliteit als betreurenswaardig, maar daarom niet minder natuurlijk verschijnsel. Een misdadiger heeft in dit model, na de straf te hebben ondergaan, dat wil zeggen na te hebben laten zien dat het strafrecht ook echt tanden heeft, de door hem aangerichte publieke schade hersteld en mag dan ook weer terugkeren als normaal burger in de samenleving. Het strafrecht is juist een systeem dat de macht tot straffen beperkt en leedtoevoeging rationaliseert. Leedtoevoeging om primair moreel-expressieve redenen en om aan wraakgevoelens tegemoet

te komen, past daar niet in. Geen rationeel denkend mens kan daar voor zijn gelet op het feit dat men zelf van zulk zinloos geweld van de kant van de overheid het slachtoffer zou kunnen worden. Meer leedtoevoeging bij wijze van straf dan nuttig is, zou zelf misdadig zijn. Het strafrecht is als het ware een verzekeringssysteem, zodanig dat iedereen voor het geval hij tot misdaad vervalt erop kan rekenen, niet definitief uitgestoten te worden uit de samenleving. Je zou kunnen tegenwerpen dat wij toch ook de levenslange gevangenisstraf kennen. Toch laat deze zich wel inpassen in het model. Een levenslange gevangenisstraf is op zijn plaats als een dader extreem gevaarlijk is zonder dat er sprake is van een aanwijsbare ziekelijke storing van de geestvermogens. Het is in feite een maatregel en daarom dient iemand die tot zo'n straf veroordeeld is, dan ook gratie te worden verleend als de termijn van de maximale tijdelijke straf is verstreken en hij of zij niet meer levensgevaarlijk kan worden geacht.¹⁷ Vanwege de aangegeven doelstelling wordt er dus ook niet gemarteld en gemutileerd in het moderne strafrecht. Dit zou immers een zware hypotheek kunnen leggen op de mogelijkheid weer als volwaardig burger te kunnen gaan functioneren. Maar dat is niet de enige reden. Ook de doodstraf, zelfs als die niet met fysieke pijniging gepaard gaat, past namelijk niet in het klassieke strafrechtsmodel. Dit is niet alleen zo omdat dan geen terugkeer

¹⁷ In zoverre moet ik de kritiek die ik heb uitgeoefend op de rechtbank in de zaak VdG, de moordenaar van Pim Fortuyn, dan ook inslikken. Mijn kritiek was dat het niet aangaat de beslissing over een levenslange dan wel een tijdelijke gevangenisstraf af te laten hangen van de gevaarlijkheid van de dader, omdat dit op een verwarring van straffen en maatregelen zou neerkomen. Die verwarring zit echter ingebakken in de definitie van levenslange detentie als een straf, in plaats van (gedeeltelijk) een maatregel. Het ware daarom beter om de levenslange gevangenisstraf af te schaffen en een maatregel in te voeren tot in bewaring stelling indien er na de eigenlijke straattermijn nog sprake is van levensgevaarlijkheid van de dader, onafhankelijk van de vraag of psychiaters die gevaarlijkheid klinisch hebben kunnen determineren of niet. In de praktijk wordt de levenslange gevangenisstraf al min of meer zo gehanteerd. Mijn kritiek dat de rechtbank eigenlijk geen reden had om ongevaarlijkheid van VdG na ommekomst van de straf bij voorbaat te veronderstellen, kan ik echter wel handhaven en hetzelfde geldt

in de samenleving mogelijk is en er dus geen sprake meer zou zijn van een ruil. Het is ook zo omdat, zoals Leo Polak heeft betoogd, de doodstraf als vorm van leedtoevoeging mateloos is, dat wil zeggen geen *toe-meetbare* straf is. Voor de één is het vooruitzicht op de dood een enorme psychische kwelling, voor iemand met een enigszins suïcidale aanleg is het eerder een bevrijding. Het spoort derhalve niet met het gelijkheidsbeginsel¹⁸, dat uitdrukking is van het democratische karakter van het klassieke strafrechtsmodel. In het klassieke strafrechtsmodel wordt misdaad ook in die zin als een natuurlijk verschijnsel gezien, dat wordt aangenomen dat iedere mens van nature in meerdere of mindere mate criminele neigingen heeft. Ieder mens heeft derhalve belang bij de afschrikkende werking van het strafrecht, niet alleen voor de afschrikking van anderen, maar ook van zichzelf. Alleen op grond van dit “democratische” ruilkarakter van het klassieke strafrecht, kunnen we de klassieke beginselen van strafrechtvaardigheid volledig begrijpen.

Hans Crombag heeft in zijn Leidse oratie “Mens rea” uit 1981 betoogd dat de beginselen van strafrechtvaardigheid (geen misdaad zonder wet, geen straf zonder schuld en straf naar de mate van schuld en de ernst van het delict) zijn te begrijpen als een vorm van toegepaste leerpsychologie. Het probleem waarop ik nu stuitte was het volgende. In ons strafrecht wordt alleen gestraft als er sprake is van toerekeningsvatbaarheid en er wordt lichter gestraft als er sprake is van verminderde toerekeningsvatbaarheid. Het probleem van de volledige

voor de acceptatie van de conclusie van het PBC, dat VdG's psychische afwijking geen verband hield met zijn misdrijf.

¹⁸ In dit verband dient ook het bezwaar van de onherstelbaarheid van rechterlijke dwalingen te worden genoemd.

ontoerekeningsvatbaarheid lijkt gemakkelijk leerpsychologisch te verklaren. Wie ontoerekeningsvatbaar is, is niet afschrikbaar en kan dus ook niet leren van de straf. Maar, en dat was mijn probleem, hoe verklaren we dan dat we verminderd toerekeningsvatbare daders minder zwaar straffen? Verminderd toerekeningsvatbaar zijn zij die nog wel enig besef hadden van het feit dat ze strafrechtelijk fout handelden, maar die door de ziekelijke of gebrekkige ontwikkeling van hun geestvermogens minder vatbaar zijn voor afschrikking door dreiging met straf. Als leerspsychologie ons strafrecht volledig zou kunnen verklaren, zou dat als consequentie moeten hebben dat verminderd toerekeningsvatbare daders juist zwaarder gestraft zouden moeten worden, maar om een of andere reden vinden we dat onrechtvaardig. Als we daarentegen uitgaan van het democratisch ruilkarakter van het strafrecht en het generaal-preventieve karakter ervan als z'n voornaamste functie, wordt duidelijk waarom we het onrechtvaardig vinden om verminderd toerekeningsvatbare daders even zwaar, laat staan zwaarder te bestraffen. Zij hebben immers ook minder kunnen profiteren van de afschrikkende werking van de straf! Ook hun misdaad is dan in zekere zin begrijpelijker en de bijdrage aan de reparatie van de afschrikkende werking van het strafrecht bestaand in het ondergaan van de straf, behoeft dan ook een navenant geringere te zijn. Daarbij dienen verminderd toerekeningsvatbare daders zich bovendien een behandeling te laten welgevalen, gesteld dat dit mogelijk is, waardoor zij wel een normale aversie van misdaad krijgen.

Ik was dus nu zowel in het vermogensrecht als in het strafrecht gestuit op een scheiding van recht en moraal vanuit een utilitair begrip van recht. Maar er was in het geval van het strafrecht een politiek element van democratisch-belastingtheoretische aard bijgekomen. Het werd tijd mij te verdiepen in de maatschappij- en cultuurhistorische oorsprong van het democratisch empirisch-utilitaire denken dat aan het klassieke strafrechtsmodel ten grondslag ligt.

6. War of all against all

De cultuurhistorische oorsprong ervan vond ik bij Thomas Hobbes, de eerste grote moderne politieke filosoof, die leefde in de zeventiende eeuw. Hij zag sociale orde niet meer als een natuurlijk gegeven, zoals in de klassieke en middeleeuwse traditie gebruikelijk was, maar als iets waarvan de mogelijkheid nadere verklaring behoeft. Dat was ook niet zo vreemd, want Hobbes leefde in de tijd van de gruwelijke godsdienstoorlogen van de zestiende en zeventiende eeuw. Volgens Hobbes wordt de mens gedreven door de angst voor de dood. Een mens zal alles doen om te kunnen overleven. Dat lijkt een nogal bizarre gedachte in het licht van het feit dat mensen kennelijk zo bereid waren om voor het geloof de strijd aan te gaan, maar dit laat zich toch wel inpassen. Ook vandaag nog blazen terroristen zichzelf op erop rekenend dat ze daarmee als martelaar des geloofs in het hiernamaals het eeuwige leven deelachtig zullen worden. Hobbes was echter typisch modern, een naturalist die vermoedelijk, want openlijk zei je dat soort dingen niet in de zeventiende eeuw, ook niet in een bestaan in een hiernamaals geloofde. Hobbes ging er

vanuit dat de dode en de levende natuur aan dezelfde natuurwetten gehoorzamen. Bij Galilei, die hij ook persoonlijk ontmoet had, vond Hobbes de analogie van de menselijke overlevingsdrang, namelijk de mechanische wet van behoud van impuls, volgens welke een lichaam in zijn beweging volhardt als het niet door de bewegingskracht van andere lichamen wordt geremd of versneld. Volgens Hobbes verschilt de mens wel van de dode natuur en van dieren en wel door zijn verstand. Maar verstand is zowel een vloek als een zegen. De mens heeft meer controle over zijn omgeving dan dieren omdat hij door zijn grotere geheugen en zijn vermogen tot redeneren veel langere ketens van oorzaken en gevolgen in de toekomst kan projecteren. Maar dat schept volgens Hobbes meteen een groot probleem, namelijk de zorg om de toekomst. De toekomst is immers ongewis. De dode natuur, planten en dieren mogen dan betrekkelijk voorspelbaar zijn, mensen met hun complexe redeneervermogens zijn dat maar in zeer beperkte mate. Iedere mens is op zijn eigen voordeel uit en iedere mens weet dat iedere andere mens dat is. Het is echter lang niet altijd duidelijk wat iemand als zijn voordeel ziet. Je kunt een overeenkomst sluiten, bijvoorbeeld om een fiets te kopen, maar als je met je geld op de proppen komt kan de verkoper je een klap verkopen en er op de fiets met het geld van doorgaan. Een “ripdeal” heet dat tegenwoordig. Het is zelfs erger, zelfs iemand die in principe eerlijk zaken zou willen doen, doet er beter aan om het er niet op aan te laten komen, want hij weet dat de ander niet kan weten of hij te vertrouwen is of niet en heeft er dus zijnerzijds belang bij de eerste klap uit te delen, die, zoals bekend in Nederland, een daalder waard is. Maar hij weet ook weer dat de ander weet dat

hij dat weet, enz. en dat lijkt het vertrouwensprobleem dus compleet onoplosbaar te maken. In de natuurtoestand mag iedereen daarom volgens Hobbes doen en laten wat hem goeddunkt om zijn overleven veilig te stellen. U moet zich eens voorstellen hoe absoluut immoreel zo'n uitgangspunt was in de zeventiende eeuw nog volstrekt Christelijke Europa! Tegelijkertijd kunnen mensen echter bedenken dat anderen in principe wel degelijk zullen doen wat ze beloven, als het nadeel van je belofte niet houden groter is dan het voordeel. Het zou dus voordelig zijn voor iedereen om een toestand in het leven te roepen waarin dat het geval is. En hieruit leidt Hobbes dan de verplichting af van de mens, die immers zolang mogelijk wil overleven, om uit de toestand van een oorlog van allen tegen allen te treden en wel door het recht op eigenrichting op te geven ten gunste van een instantie die zo machtig is dat ze mensen die zich niet houden aan de bevelen van de overheid, adequaat kan straffen. Aldus werd Hobbes de eerste die zijn politieke theorie in het idee van een sociaal contract fundeerde, een sociaal contact waarbij mensen hun recht op eigenrichting opgeven en hun macht, bestaand in hun geweldsmiddelen, over dragen aan een soeverein, dat wil zeggen een persoon of instantie waartegen qua macht niemand is opgewassen. Dit sociale contract is in principe democratisch omdat niemand gebonden is die er niet in heeft toegestemd. Bovendien behoudt ieder zich het recht voor om als de overheid zijn of haar leven bedreigt, het contract als ontbonden te beschouwen.

Tegen de sociale contractstheorie van Hobbes zijn twee bekende bezwaren, die echter geen van beide hout snijden.¹⁹ Het ene is dat de geldigheid van het sociale contract al veronderstelt wat Hobbes nu juist ontkent, namelijk dat mensen elkaar voldoende kunnen vertrouwen. Hoe weet ik bijvoorbeeld dat mijn medeburgers als ze beloven af te zien van eigenrichting, ook werkelijk al hun wapens aan de soeverein afstaan? Een allesbehalve puur theoretische vraag in een land als Noord-Ierland bijvoorbeeld. Het tweede bezwaar is dat zelfs als de burgers elkaar onderling zouden kunnen vertrouwen, er nog geen reden is om de soeverein te vertrouwen. Die is bij Hobbes immers geen partij in het sociaal contract, maar blijft net als in de natuurtoestand volledig vrij te doen en te laten wat hij wil. Het eerst bezwaar is niet steekhoudend omdat Hobbes het sociaal contract alleen maar als een gedachteconstructie zag. Als we een sociaal contract zouden kunnen sluiten, zouden we dat aan ons zelf verplicht zijn. In werkelijkheid gaat het natuurlijk ook volgens Hobbes anders, namelijk dat sommige mensen en hun aanhang zoveel machtiger blijken dan anderen, dat ze die aan zich onderwerpen, dat wil zeggen geloofwaardig met de dood kunnen bedreigen maar bereid zijn daar niet toe over te gaan als

¹⁹ Er zijn er nog meer, waarvan sommige wel degelijk hout snijden. Naast het bezwaar van Spinoza ten aanzien van de stabiliteit van de soeverein, dat straks nog aan de orde komt, zijn dat er twee. In de eerste plaats is dit dat er zoiets is als biologisch gedetermineerd altruïsme waardoor ouders voor hun kinderen zorgen en er een zekere solidariteit is tussen familieleden. In feite moest Hobbes deze familiale solidariteit vooronderstellen wilde hij niet voor het probleem komen te staan niet te kunnen verklaren hoe er überhaupt menselijk leven kan zijn. Het tweede is dat het zeer wel mogelijk is om de risico's van vertrouwen te beperken en daardoor toekomstige nadelen van misbruik van vertrouwen preventief te laten werken. De sleutelwoorden in verband zijn iteratieve spelen (Axelrod) en multiplexe sociale relaties, waardoor inbreuk op vertrouwen in één soort relatie ook dreigend verlies van alle voordelen van andere relaties die men met een bepaald persoon direct of indirect onderhoudt, met zich meebrengt. Al deze bezwaren tegen Hobbes zijn echter niet zo belangrijk als men zijn theorie herleest als een worsteling met het probleem van het morele relativisme in een complexe samenleving, waarin sociale relaties veelal tamelijk oppervlakkig en incidenteel zijn en informele sociale controle daardoor vaak niet meer werkt. En wie denkt dat het van een oorlog van allen tegen allen geen empirische referentie heeft, bezoeke toch eens Somalië of een getto waar drugsbendes elkaar en de politie beoorlogen en "gewone" mensen volstrekt aan de heidenen zijn overgeleverd.

hun “onderdanen” zich voegen naar hun bevelen. En dat, aldus Hobbes, ben je verplicht aan jezelf omdat je hoogste doel is te overleven. De constructie van het sociale contract heeft dus bij Hobbes geen andere functie dan te demonstreren dat als je langs andere wegen dan een sociaal contract in een situatie komt die overeenstemt met die welke je middels een sociaal contract in theorie zou kunnen realiseren, je geen reden hebt daarin niet te berusten, aangezien deze situatie even voordelig is als wanneer deze door een sociaal contract in het leven zou zijn geroepen. Het tweede bezwaar, namelijk dat een soeverein die over alle macht beschikt, die macht kan misbruiken, is al evenmin steekhoudend. Natuurlijk, de soeverein zou zijn macht puur ten eigen voordele kunnen gebruiken. Het punt is echter dat er in de werkelijke wereld vele soevereinen zijn. Onderling verkeren die nog steeds in de natuurtoestand van een oorlog van allen tegen allen. En juist daarom doen ze er verstandig aan hun onderdanen goed te behandelen, want ze zijn immers van die burgers afhankelijk voor de financiering van hun legers. Bovendien verdient een burgerleger verre de voorkeur boven een per definitie onbetrouwbaar huurleger. Burgers vechten immers voor hun eigen land. Maar dat zullen ze alleen doen als ze relatief tevreden zijn over hun soeverein en moeten vrezen dat een nederlaag tegen een vreemde soeverein grote nadelen zal hebben. Een soeverein heeft derhalve het grootste belang zijn onderdanen in het algemeen goed te behandelen, dat wil zeggen hun eigendommen en veiligheid te verzekeren en hun economische voorspoed te bevorderen. Zo krijg je immers tevreden en loyale onderdanen die flink wat belasting kunnen en willen betalen zonder dat ze gaan rebelleren. Hobbes’ theorie komt aldus neer

op een mechanisch model waardoor interne orde en rust door wederzijdse afhankelijkheid van soeverein en onderdanen wordt gegarandeerd en de orde in de internationale verhoudingen op z'n minst wordt bevorderd, doordat de zwakkere landen zullen gaan samenwerken om de bedreiging door een sterker land het hoofd te kunnen bieden. Hobbes, die Leviathan drie jaar na de vrede van Münster van 1648 publiceerde, gaf daarmee blijk van enige helderziendheid ten aanzien van hoe de Europese internationale verhoudingen zich na die vrede zouden gaan ontwikkelen, namelijk tot een systeem van "balance of powers" dat erop gericht was om door diplomatie en onderhandelingen internationaal geweld zoveel mogelijk te voorkomen.

Een meer houtsnijdende bezwaar tegen de theorie van Hobbes werd naar voren gebracht door de overigens sterk bij hem aansluitende Spinoza, namelijk dat Hobbes' theorie niet kan verklaren hoe er een stabiele soeverein zou kunnen zijn. Stel eens dat er een sterk individu en zijn familie is, die zijn omgeving zo weet te intimideren dat ze hem uit angst gehoorzamen. Dan is denkbaar dat dit individu samen met de aan hem onderworpenen zijn macht verder uitbreidt door steeds meer mensen te intimideren. Je zou dat het maffia-model van sociale orde kunnen noemen. Het probleem is nu echter dat de medewerkers van de godfather altijd weer kunnen gaan samenzweren om hem uit de weg te ruimen, al dan niet in samenwerking met bazen van andere maffiabendes die hen daarvoor belonen. Want welke reden hebben zij hun eigen baas te vertrouwen? Die zal hen immers ook verraden als het hem beter uitkomt. Dit laat zich alleen verhinderen als het politieke

systeem zo geconstrueerd is, dat de soeverein, zijn dienaren en zijn adviseurs, eigenlijk geen misbruik kunnen maken van hun macht, ook al zouden ze dat nog zo graag willen. Een soeverein moet volgens Spinoza niet alleen zijn onderdanen niet bedreigen als ze hem trouw zijn en de wetten gehoorzamen, hij moet ook actief hun vertrouwen winnen door hen in staat te stellen zich uit te spreken over het publieke gezag en door de uitvoerders van het gezag onder de controle van het recht te brengen. De soeverein moet aldus allen betrekken bij de staat op een wijze waarop de ene groep niet bevoordeeld wordt ten opzichte van de andere, want dit kan alleen maar verontwaardiging en wantrouwen wekken. Spinoza verdedigde aldus de democratie, weliswaar niet perse een democratie in formele zin, maar wel in materiële zin. Hobbes' daarentegen sloot weliswaar niet uit dat de soeverein een democratisch karakter zou aannemen, maar hij was op grond van zijn ervaring met het Engelse parlement wel uiterst sceptisch over de stabiliteit ervan. Spinoza was wat dat betreft juist betrekkelijk²⁰ optimistisch op grond van zijn ervaringen met de Nederlandse Republiek en we kunnen hem dan ook gerust de politieke filosoof van het poldermodel avant la lettre noemen. Fundamenteel gezien was er echter geen groot verschil in benadering tussen Hobbes en Spinoza. Spinoza was gewoon een iets consequenter en realistischer denker dan Hobbes.

**Terug nu echter naar het model van het klassieke strafrecht.
Wat opvalt is dat dit model eveneens democratische trekken**

²⁰ Betrekkelijk, want niet alleen had de republiek de onthoofding van Van Oldenbarnevelt meegemaakt, maar Spinoza zelf was direct geconfronteerd geweest met de moord op de gebroeders de Witt, met wie hij persoonlijk bevriend was.

vertoont, empirisch-utilitair van aard is en geconstrueerd is als een mechanisch model. Misdadige neigingen worden min of meer in toom gehouden door de dreiging van de staat, maar de staat reageert niet willekeurig en mateloos, maar alleen in zoverre dat voor het herstel van het door misdaad geschonden rust en vrede en de geloofwaardigheid van de afschrikking noodzakelijk is. Het is een model dat in de lijn ligt van dat van Hobbes en Spinoza, waarin de staat geen andere taak heeft dan een vredesorde te bewerkstelligen die in ieders belang is, dat wil zeggen ook in dat van misdadiger, even aannemende dat deze geen revolutie beoogt. Bij beiden wordt aldus misdaad niet in termen van moraal gevat, want volgens beiden is iedere mens in meerdere of mindere mate tot het kwaad geneigd, maar van rationele sociale controle. Geen wonder dat beide denkers door hun tijdgenoten werden gezien als de meest verschrikkelijke atheïsten. Hobbist en Spinozist waren scheldwoorden die synoniem waren met atheïst en een atheïst kende naar de vrijwel algemene overtuiging van die tijd, niet alleen geen god, maar daarom per definitie ook geen gebod, maar alleen het eigenbelang.

7. Tweede orde moraal

Dit bezwaar wordt in feite nog steeds, maar dan in metafysische vorm, aangevoerd tegen wie ontkent dat er zoiets als een morele waarheid bestaat. Het argument dat hiertegen wordt ingebracht is dat iemand die welbegrepen eigenbelang als criterium voor moraal hanteert, geen reden kan hebben zich aan die moraal te houden als hij met overtreding ervan weg kan komen en wel

omdat de invloed van de inbreuk van een individu op de maatschappelijke acceptatie van de moraal in de regel verwaarloosbaar zal zijn. Ten aanzien van LWS gaat dit bezwaar echter niet op. Een voorkeur voor LWS kan immers wel gemotiveerd zijn door eigenbelang (maar hoeft dat niet te zijn), maar is een voorkeur voor een bepaalde sociaal-politieke ordening die in de regel afschrikkend genoeg is om inbreuken daarop te verhinderen of te bestraffen. Er is dus geen inconsistentie in de bewering: ik ben voorstander van een LWS-ordening van de samenleving, maar ik zal, als het me beter uitkomt, de regels ervan schenden. In feite heeft Kant dit al erkend in zijn onderscheid tussen recht en moraal. Het recht was volgens Kant een ordening waarvan ook een samenleving van duivels nog het voordeel van kon inzien, een duidelijke verwijzing naar Hobbes. Het recht dient volgens Kant, lijf, have en goed te beschermen, dat wil zeggen de materiële condities die voorondersteld zijn om een moreel deugdzzaam leven te leiden. Het recht beschermt, ook bij Kant, de materiële condities zonder welke moraal alleen nog in een samenleving van heiligen gerespecteerd zal worden. Je kunt dus, als duivel, zeer wel een voorkeur hebben voor een zelfde juridische inrichting van de samenleving als een moralist zoals Kant, juist omdat je je Pappenheimers, inclusief jezelf, kent. Er is dus een verschil tussen een juridisch verplichting aan een bepaalde sociale orde en een moreel verplichting. Het eerste kan, maar hoeft niet uit het laatste voort te komen.²¹ Ook het omgekeerde is mogelijk.

²¹ Hoewel Kant dit heel goed zag, bleef hij echter ten aanzien van het recht met één been in de moraal staan. De grondslag van de rechtsverplichting blijft bij hem de moraal die niet van natuurlijke maar van een geestelijk-metafysische orde is. Het recht mag geen rechten verlenen of verplichtingen opleggen die niet uit de categorische imperatief van het recht, dat wil zeggen uit respect voor de uiterlijke vrijheid van het individu volgen. De vraag is dan natuurlijk of een dergelijke koppeling van moraal en recht voldoende is om het doel van een vreedzame

Het is immers niet onzinnig te denken dat de promotie van morele broeder- en zusterliefde bevorderlijk is voor een vreedzame samenleving. Menig atheïstisch verlichter was om die reden dan ook een voorstander van een humanistische religie. Ook in een postmetafysisch tijdperk is dit geen onzinnige gedachte. De mens heeft immers, zo weten we sinds de ontdekking van de reli-kwab, een natuurlijke behoefte zich verbonden te voelen met zijn sociale en natuurlijke omgeving.²²

Je kunt Hobbes' theorie in meer moderne termen vertalen als een worsteling met het probleem van het morele relativisme. Hobbes leefde in de tijd van de godsdienstoorlogen. De één is die godsdienstige overtuiging toegedaan, de ander een andere, en beiden zijn bereid elkaar de kop in te slaan in naam van de religieuze waarheid die in werkelijkheid echter onkenbaar is. Is er dan een uitweg? Is het mogelijk een "tweede orde moraal" te ontwikkelen op basis van het inzicht in het feit dat verabsolutering van geloof in een ware moraal, een eerste orde moraal dus, alleen maar tot ellende leidt? Ja, die is er en wel één die logisch voortvloeit uit een voorkeur voor vreedzaam samenleven. In feite is dit een moraal die past bij de Spinozistische visie dat de stabiliteit van de samenleving niet op pure machtsverschillen kan berusten, zoals Hobbes suggereerde,

samenleving te realiseren. Het behoeft weinig betoog dat de nachtwakerstaat van Kant niet in staat is om het overleven van iedere burger te garanderen. Een zuiver juridisch commitment is overigens niet volledig vrijblijvend. Het impliceert dat men zich verplicht zich te onthouden van aanslagen op de staatsorde. De grens tussen georganiseerde criminaliteit en staatsondermijnende activiteiten is daarbij niet altijd duidelijk. Men denke bij wijze van voorbeeld maar eens aan de drugsmafia die officieren van justitie en rechters bedreigt, omkoopt en chanteert.

²² Het is natuurlijk ook geen toeval dat de mensenrechtenbeweging min of meer parallel is opgekomen met de neergang van de religie. Er zit ook een onmiskenbare religieuze ondertoon in de wijze waarop tegenwoordig over mensenrechten wordt gesproken. Daar is ook niks mee mits het etiket "fundamenteel recht" maar niet op van alles en nog wat wordt gedrukt, dat wil zeggen op rechten die niets hebben uit te staan met de garantie van het vreedzaam overleven van het individu.

maar juist op een integratie van staat en samenleving op een wijze dat het publieke gezag door de burgers kan worden gezien en ervaren als daadwerkelijk in het algemeen belang, namelijk het belang van een ieder bij vreedzaam overleven binnen de grenzen die de biologische natuur van de mens daaraan stelt. Omgekeerd dient de staat dus ook geen andere doeleinden te hebben, want waarom zou iemand daar uit eigenbelang mee moeten instemmen?

8. De postmoderne staat

Wat de taken van de overheid als zodanig betreft, is LWS een weinig revolutionaire theorie, omdat de meeste van de taken die de overheid thans vervuld formeel gezien wel verband houden met de noodzaak het overleven van het individu in een vreedzame samenleving te garanderen. Materieel is er uiteraard wel heel wat aan te merken op beleid dat hierin tekort schiet of juist zijn doel voorbij schiet. Ik zal in dit verband ingaan op de vorm van de sociale zekerheid, de belastingen en de democratie en in verband met dat laatste ook nog op onderwijs. Wat dat betreft heeft LWS namelijk wel degelijk nogal ingrijpende consequenties.

Ik meen dat uit LWS volgt dat een algemeen basisinkomen de enige vorm van te rechtvaardigen publieke financiële zekerheid is. Dat inkomen kan overigens nog wel variëren naar leeftijd en met het oog op de bijzondere behoeften van invaliden. Maar de staat heeft in LWS geen andere taak dan het overleven te verzekeren en moet dus ook niet meer dan het sociale minimum

garanderen. Maar waarom dan in de vorm van een basisinkomen, dat wil zeggen een inkomen waar geen arbeidsverplichting tegenover staat? Daarvoor zijn twee rechtvaardigingen aan te voeren. De eerste is dat moreel relativisme het uitgangspunt is. Moreel relativisme impliceert echter niet dat er geen morele waarheid is, maar alleen dat wij die niet kunnen kennen. Dat er geen morele waarheid bestaat zou een metafysische bewering zijn. Dat impliceert dat iemand kan menen dat hij de morele waarheid deelachtig is, zij het niet op rationele, maar intuïtieve, al dan niet godsdienstige gronden. Voor zo iemand is het wellicht ook niet vanzelfsprekend om Hobbesiaanse eieren voor z'n geld te kiezen en in vrede te leven met anderen op basis van een overlevensmoraal. Zo iemand kan een voorkeur hebben voor conflict, strijd en oorlog zonder dat men hem of haar van inconsequentie zou kunnen beschuldigen. Zulke mensen kan men middels het basisinkomen in zoverre een excuus voor gewelddadigheid uit handen nemen, dat ze voor zichzelf volgens hun eigen moraal kunnen leven zonder om den brode actief te moeten worden in een voor hun verwerpelijke maatschappij. De tweede rechtvaardiging voor een basisinkomenstelsel is het spiegelbeeld van de eerste. Het democratische recht tot participatie in de politiek kan een illusie worden als men van 's ochtends tot 's avonds laat moet sappelen om rond te komen. Een basisinkomen maakt het mogelijk om indien gewenst voltijds aan politiek te doen en aldus wordt politiek minder een monopolie van beroepspolitici, dat wil zeggen mensen die politiek (mede) om den brode bedrijven. De wenselijkheid daarvan is in een democratie volgens het model

van “LWS” nog aanzienlijk groter dan in het huidige stelsel, waarover straks meer.

Een basisinkomenstelsel schept dus reële politieke vrijheid. Het bevrijdt mensen van de directe dwang van werk. Het algemene basisinkomen is ook rechtvaardig omdat er in het huidige systeem geen terugbetalingsverplichtingen bestaan. Mensen die over hun hele leven gezien evenveel inkomen hebben genoten, kunnen nu niettemin in ongelijke mate van publieke sociale zekerheid hebben geprofiteerd.²³ In het basisinkomensstelsel krijgt iedereen van staatswege gewoon even veel, ook al zal het voor de meeste mensen een koekje van eigen belastingdeeg zijn. Het basisinkomenstelsel, waar vele vooraanstaande economen een voorstander van zijn, wordt in de regel bepleit op grond van z’n welvaartseffecten. Ik denk dat die er inderdaad zijn en dat ze het nadeel van een geringere directe prikkel tot arbeidsparticipatie, ruim zullen overtreffen. Maar deze grotendeels nog speculatieve welvaartseffecten leveren nog geen principiële rechtvaardiging voor het basisinkomen op.²⁴ LWS doet dat wel.

²³ A leeft bijvoorbeeld 20 jaar van de bijstand en wordt vervolgens ontdekt als zanger van het levenslied van de kommer en kwel van de bijstandsarmoede. A is binnen vijf jaar miljonair. B daarentegen heeft altijd braaf gewerkt op school en daarna ook een brave carrière doorlopen, die een fatsoenlijk inkomen oplevert en eindigt met een gouden horloge met inscriptie voor 40 jaar trouwe dienst.

²⁴ Men zie L.F.M. Groot, Basic Income and Unemployment, diss. Utrecht 1999. Bij een basisinkomensstelsel zal er geen armoedeval meer zijn en dus ook een geringere prikkel tot zwart werken en zeker als bij wijze van sanctie daarop een geheel of gedeeltelijk verlies van het basisinkomen dreigt. Daarnaast kan het minimumloon worden afgeschaft en zal er meer spreiding van werk zijn omdat meer mensen zich kunnen permitteren in deeltijd betaald te werken, terwijl de hoeveelheid vrijwillig onbetaald werk om die reden juist toe zal nemen. Omgekeerd wordt het ook gemakkelijker zich om te scholen. Daarbij kan het basisinkomen de ondernemingslust bevorderen, omdat men als ondernemer niet het eigen basisinkomen behoeft te financieren en het dus met name in de vaak precaire beginfase van een onderneming langer uit kan houden. De belangrijkste voordelen heeft een dergelijk systeem overigens vermoedelijk niet in het rijke westen, maar veeleer in arme landen, waar een basisinkomen kan worden gekoppeld aan de voorwaarde dat ouders hun kinderen naar school laten gaan.

Wat betreft de financiering van de staat meen ik te kunnen verdedigen dat belastingrechtvaardigheid en efficiëntie het meest gediend zijn door een stelsel waarin belasting alleen maar de vorm van BTW aanneemt. Indien een dergelijk stelsel wordt gecombineerd met een basisinkomen als enige vorm van publieke sociale zekerheid, is er ook geen enkele reden meer om vast te houden aan een in werkelijkheid grotendeels alleen maar op papier bestaand progressief belastingstelsel op basis van een interpersoonlijk draagkrachtbeginsel dat van zuiver speculatieve aard is. BTW daarentegen is een vorm van consumptiebelasting en er bestaat onder belastingtheoretici een tamelijk grote consensus dat dit ook uit het oogpunt van draagkracht de enige rechtvaardige vorm van belasting is. Alle belasting is, uitgaande van de gelijke aanspraak van de burger op de voordelen van publieke uitgaven, een vorm van retributie. Naarmate iemand meer inkomen heeft kan worden verondersteld dat deze persoon ook evenredig meer profiteert van de collectieve uitgaven die de samenleving mogelijk maken waarin dit inkomen wordt verdiend. Dit profijt wordt echter pas gerealiseerd op het moment dat inkomen wordt geconsumeerd. Het zijn ook niet inkomsten, maar uitgaven die reflecteren wat iemand werkelijk aan persoonlijke draagkracht heeft. Iemand kan allerlei thans niet aftrekbare bijzondere lasten hebben of juist geld willen sparen om dat uit te geven op het moment dat hij later zware lasten heeft en zal daardoor veel minder draagkracht hebben dan het actuele inkomen het doet voorkomen. Omdat sparen niet belast wordt door een consumptiebelasting, zal het een prikkel tot investeren geven. Waarom ook sparen en investeren belasten als de kosten van dat soort belastingen uiteindelijk toch weer in

de prijzen verdisconteerd zijn?²⁵ Omgekeerd is er echter geen reden om verliezen op investeringen fiscaal te subsidiëren door een proportionele terugbetaling van reeds betaalde BTW. Ook consumptie die niet winstgevend is, blijft immers consumptie en slecht ondernemerschap moet niet worden beloond. BTW is bovendien een relatief goed controleerbare belasting, zoals ook blijkt uit het steeds grotere aandeel ervan in de totale belastingopbrengst, inmiddels een derde namelijk. Die controleerbaarheid zou nog enorm toenemen als chartaal geld, dus munten en bankbiljetten, zou worden afgeschaft, wat dan ook nog het voordeel zou hebben dat we van vervalste bankbiljetten af zouden zijn.

Het moge duidelijk zijn dat de combinatie van een basisinkomensstelsel als dat aan vaste indicatoren wordt gebonden in combinatie met BTW als enige vorm van belasting, zal leiden tot enorme besparingen op de publieke en private kosten van de administratie en de controle op sociale zekerheid en belastingen. Bovendien zal het dan grotendeels gedaan zijn met het politieke gescherm met dubieuze inkomensplaatjes en de neiging leuke dingen te doen voor de mensen, liefst kort voor de verkiezingen, waarvan de rekening dan weer twee jaar later wordt gepresenteerd.

²⁵ Een antwoord op die vraag zou kunnen zijn: omdat mensen die sparen en investeren maar niet consumeren dan geen belasting betalen en dus heel rijk kunnen worden. Zo zal er allicht meer ongelijkheid in de bezitsverhoudingen ontstaan en dus ook meer ongelijkheid in maatschappelijke macht. Goed beschouwd is dit echter een argument dat gebaseerd is op jaloezie voor zover het gaat om ongelijkheid in bezitsverhoudingen als zodanig. Als het gaat om ongelijkheid in maatschappelijke macht is het nog maar de vraag wat de termen van de vergelijking zijn. Een grotere spreiding van het bezit van productiemiddelen kan ertoe leiden dat de maatschappelijke macht juist veel minder geconcentreerd zal zijn. Die is nu vooral in handen van de overheid, pensioenfondsen met verplicht lidmaatschap en een aantal grote bedrijven waarvan het management vrijwel onafhankelijk is van de massa van de aandeelhouders.

Tenslotte dan de democratietheorie van “LWS”. Waarom moet een samenleving die gebaseerd is op een overlevensmoraal democratisch zijn? Laten we eerst eens nader bepalen waartoe democratie dient. Democratie zoals wij die kennen kent drie dimensies, respectievelijk een cognitieve, een functionele en een juridische dimensie. In deze drie dimensies bleek ik een overzichtslijst van alle 27 functies van democratie te kunnen inpassen die ik bij een Duitse auteur vond die de literatuur daarover – “deutschgründlich” natuurlijk - had doorgespit²⁶. Deze drie dimensies laten zich onderscheiden in een formeel en een materieel aspect.

Het *formeel-cognitieve* aspect reflecteert tot op zekere hoogte het centrale uitgangspunt van moderniteit, namelijk dat wij de moreel-politieke waarheid niet kennen, maar wel allen een gelijke stem hebben wat dat betreft, zodat een besluit als democratisch kan gelden als het met 50% van de stemmen plus 1 is aangenomen. Daarbij zijn meerderheden en minderheden niet gefixeerd. Wie in een minderheidspositie zit kan altijd nog proberen zijn medeburgers ervan te overtuigen dat ze zich eerder vergist hebben of dat het zaak is een eerder genomen besluit te herzien. Daardoor blijft het politieke systeem open en het recht aanpasbaar. Het *materieel-cognitieve* aspect betreft de burgerlijke openbaarheid waarvan het belang gelegen is in de kritiseerbaarheid van de politiek zodat de democratie niet wordt misbruikt voor particuliere belangen, maar uitsluitend het

²⁶ Zie Manfred. G.Schmitt, *Demokratietheorieën*, Opladen (Leske & Budrich), 2000, p.489

algemeen belang dient. In het geval van “LWS” impliceert dit dat de politiek blijft binnen het kader van een overlevensmoraal. Een democratiebeschouwing op basis van LWS stuit daarbij op het probleem dat vrijwel alle huidige politieke partijen, met uitzondering (wellicht) van D’66, gebaseerd zijn op door religie en metafysische denkbeelden beïnvloede politieke ideologieën. Aan de ander kant zijn de meeste politieke ideologieën (de reformatorische partijen zijn wellicht de enige uitzondering) volstrekt verwaterd of stuiten ze af op de harde sociaal-economische realiteit, waarin bijvoorbeeld het socialistische idee van “eerlijk delen” niet uitvoerbaar is, omdat, als het echt serieus zou worden genomen, de economie al snel in zwaar weer terecht zou komen. Werkelijk principiële politieke tegenstellingen treft men sinds de ondergang van het communisme eigenlijk alleen nog op levensbeschouwelijk terrein aan. Voor onze christelijke burgers, voor zover die zich nog principieel tegen abortus en euthanasie en het homohuwelijk wens te verzetten, heb ik dan ook minder goed nieuws. Anders dan welke mij bekende moderne politieke filosofie dan ook volgen uit “LWS” zeer concrete principes voor deze kwesties. Ik beschouw het als een bevestiging van de kracht van mijn theorie dat die anders dan alle andere mij bekende moderne politieke theorieën ook in staat is consequenties voor deze “levensbeschouwelijke” kwesties af te leiden.²⁷ Meer concreet houdt dit in dat er met het homohuwelijk en de huidige abortuspraktijken principieel gezien niets mis is en dat de euthanasiepraktijk ook enige ruimte zou moeten bieden voor

²⁷ The Value of Life according to LWS, in: Proceedings of the 14th World Congress on Medical Law of the World Association of Medical Law, Maastricht 2002. Ik ga daar ook in op de kwestie van de dierenrechten.

gevallen waarin geen sprake is van lichamelijk uitzichtsloos lijden, maar van psychisch uitzichtsloos lijden dat ondanks grondige therapeutische interventie met een niet aflatende doodswens gepaard blijft gaan. Ook het pleidooi voor dierenrechten, zoals mijn collega Cliteur²⁸, kan LWS alleen maar ondersteunen voor zo ver veehouderij en slacht op voor dieren wrede wijze plaats vindt. Dergelijke wreedheid getuigt immers van een groot gebrek aan empathie en wordt daardoor ook als bedreigend ervaren door mensen die wel voldoende empathisch vermogen hebben. Tegen het doden van dieren voor de mens nuttige doeleinden, bestaat echter geen bezwaar mits het pijnloos en door het dier ongeanticipeerd geschiedt. Dat dit bij mensen die geen anticipatievermogen hebben niet mag, is niet omdat ze een “hogere” status hebben dan dieren of planten, maar omdat normale mensen bang zullen zijn dat hun of hun dierbaren een dergelijke behandeling ten deel zou kunnen vallen.

Het *formeel-functionele* element van de democratie heeft betrekking op een deelname van de burger aan de politiek

²⁸ Cliteur ziet dierenrechten als een logische extensie van het gedachtegoed van de Verlichting. De argumentatie, al langer bekend van de utilitarist Singer, gaat ongeveer als volgt. Tijdens de Verlichting was men nog te veel de visie van het dier als een gevoelloze machine toegedaan, te afhankelijk van dieren voor de voedselvoorziening, of nog te veel gepreoccupeerd door de bevrijding van de mens. Nu weten we echter maar al te goed hoe dicht de mens bij met name de hogere diersoorten staat zodat het alleen maar logisch zou zijn ook dieren niet van die van de mens afgeleide rechten toe te kennen. In feite is een dergelijke logica alleen maar dwingend op basis van een metafysische premisse. Weliswaar zijn pijn en lust empirische verschijnselen, maar het utilitaristische lustprincipe is dit niet. Dat mensen in het algemeen een voorkeur zullen hebben voor een vreedzame samenleving waarin zij rechtsbescherming genieten, heeft weliswaar een utilitaire oorzaak, maar daaruit volgt niet dat utiliteit ook die voorkeur kan rechtvaardigen. Het is wat ieder die geen psychopaat is, en die z'n op eigenbelang gericht gezond verstand gebruikt, zal willen. Een nadere rechtvaardiging daarvoor zoeken komt neer op een fatale stap in de metafysische valkuil, want de natuur rechtvaardigt als zodanig de seriemoordenaar evenzeer of evenmin als moeder Theresa. In LWS wordt niet gerechtvaardigd dat het beter is te overleven dan niet te overleven. Hooguit wordt gesteld dat de vraag naar wat intersubjectief goed is irrelevant is als niet primair overleven goed is. Secundair kunnen mensen van meningverschillen waar overleven nader toe dienen moet. Maar er is geen logisch dwingende reden waarom overleven beter zou zijn dan individuele of collectieve zelfmoord. Zoals Hart het uitdrukte: “We are committed to it (survival, NR) as something presupposed by the *terms of the discussion* (mijn cursivering); our concern is with social arrangements for continued existence, not with those of a suicide club” (The Concept of Law, p. 192.)

waardoor deze zich kan identificeren met zijn samenleving als een politieke gemeenschap en blijf kan geven van zijn waarde voor die gemeenschap. Dit participatieve aspect hangt, zoals betoogd, nauw samen met de rechtvaardiging van het basisinkomen. Het *materieel-functionele* element heeft betrekking op de efficiëntie en de welvaartseffecten van het staatsoptreden, dat wil zeggen op zoveel mogelijk baten en zo laag mogelijke kosten van overheids-optreden. Alles wat de burger niet aan de overheid kwijt is, dient hij immers, gegeven het morele relativisme, naar eigen beste inzicht te besteden. Voor politieke ideologieën die hogere doeleinden stellen aan de staat en zijn burgers, is het eigenlijk nooit principieel duidelijk waar de grens van het publieke beslag op de middelen moet liggen. Het *formeel-juridische* aspect van de democratie heeft niet alleen betrekking op de vrijheid van woord en gedachten en het stemrecht, maar op het feit dat de democratie niet zonder rechtsstaat en fundamentele rechten mogelijk is en omgekeerd. Alleen als de fysieke veiligheid en vrijheid van de burger is gegarandeerd kan hij ook vrij aan de politiek en het openbaar bestuur participeren en precies daarom zijn de fundamentele mensenrechten geïmpliceerd in het idee van de democratie. Onderdeel van LWS is een systematische en coherente theorie van de grondrechten waarvan ik de kwaliteit heb pogen aan te tonen bij wijze van kritiek op het Europese Handvest voor de Fundamentele Rechten, dat nu is opgenomen in de Europese Constitutie.²⁹ Systematisch omdat anders dan in genoemd Charter kan worden aangegeven waarom een recht wel of niet als fundamenteel moet

²⁹ Fundamental Rights, European Identity and LWS, in A. Soeteman (ed.), Pluralism and Law, Proceedings of the 20th IVR World Congress Vol. 1, ARSP 2001.

worden beschouwd en coherent omdat het relatieve gewicht van de verschillende grondrechten kan worden aangegeven in termen van het belang ervan voor overleven. Op basis daarvan laten zich dan conflicten tussen verschillende grondrechten beslechten. De fundamentele rechten hebben in het licht van een overlevingsmoraal niet alleen een formele strekking gericht op de bescherming van de vrijheid van de burger tegen de overheid, maar ze hebben noodzakelijkerwijs ook een *materieel-juridische* dimensie. Daarbij is in het bijzonder niet alleen te denken aan de sociale zekerheid, maar ook aan het recht op onderwijs tot het niveau waarop actief burgerschap mogelijk is, dat wil zeggen voldoende begrip is bijgebracht voor de principes waarop maatschappij, recht en staat berusten. Vanuit het perspectief van de overlevingsmoraal dient het onderwijs niet alleen een cognitieve taak te vervullen, maar dienen publieke onderwijsinstellingen zelf als leerscholen van de democratie te functioneren. Dat kan worden bevorderd door onderwijs te integreren met buurtbeheer, zorg en recreatieve activiteiten die thans bij gebrek aan vrijwilligers vaak nog maar moeizaam en op lang niet altijd op algemeen toegankelijke wijze door het verenigingsleven worden aangeboden. Gelet op het enorme functieverlies van het gezin als educatieve en socialiserende instelling en de toenemende rol van kennis in de economie, zal de kwaliteit van het sociale en economische klimaat steeds meer van de kwaliteit van onze onderwijsinstellingen afhankelijk zijn. Een krachtige opwaardering van het schoolwezen als centra van gemeenschapsvorming is volgens mij de meest voor de hand liggende wijze om in een toenemende mate competitieve, complexere en daardoor ook meer individualistische

samenleving een gevoel van betrokkenheid en identificatie met de
gemeenschap overeind te houden.³⁰

Het behoeft hopelijk geen nader betoog dat LWS een door en door Europese theorie is. Niet alleen is zij gebaseerd op een reflectie op wat moderniteit wezenlijk inhoudt, haar missie is vreedzaamheid te dienen en dat was en is ook de belangrijkste missie van de Europese integratie. LWS is de reflectie van de sociaal-politieke en cultuurhistorische ontwikkeling van Europa is daardoor ook bij uitstek een theorie van de Europese identiteit. De vraag is of met het oog daarop de EU niet voor serieuze verbetering vatbaar is en met name vanuit het gezichtspunt van de democratie, waarvan ik u de kernaspecten heb geschetst. Ik ben van mening dat de EU de democratie in aanzienlijke mate ondermijnd heeft en dat de constitutie waarover wij over enige tijd mogen stemmen bij wijze van raadgevend referendum, de bevoegdheden van de EU nog aanzienlijk verder uitbreidt zonder iets wezenlijks te doen aan het probleem van het democratisch deficit, dat niet simpel is op te lossen doordat de uitbreiding van de macht van de EU gepaard gaat met een uitbreiding van de macht van het Europese parlement. Het democratisch deficit heeft immers diepere, structurele oorzaken. De crisis waar nationale democratieën min of meer op aansturen als gevolg van de al tientallen jaren teruglopende participatie in de partijpolitiek, is niet alleen of in de eerste plaats een Europese kwestie is. Het verlies aan representativiteit van politieke partijen als bemiddelaars tussen

³⁰ Minister Donner heeft onlangs nog eens gepleit voor een sociale dienstplicht. Dat is echter een vorm van dwangarbeid die even verwerpelijk (en inefficiënt!) is als de dienstplicht. Heel iets anders is als scholieren sociale diensten verrichten in het kader van hun schoolopleiding en hun vorming tot staatsburger.

staat en samenleving vraagt om een veel drastischere reflectie op de grondslagen van de democratie en die reflectie dient simultaan betrekking te hebben op de EU en de nationale staat. Ik kan hier vanwege tijdsgebrek onmogelijk uitwiden over de vraag wat die hervormingen, die zowel de Europese als de binnenlandse politiek betreffen, zouden moeten inhouden en ik verwijs u daartoe naar het boek waar ik wat dat betreft mijn inspiratie aan ontleen, namelijk dat van de internationaal befaamde politieke econoom, de Zwitser Bruno Frey, “Ein neuer Föderalismus für Europa: Die Idee der FOCJ.”³¹. Waar het op neerkomt is dat het model van de moderne, soevereine staat hier definitief wordt opgegeven. Dit leidt onder andere tot een verdergaande differentiatie van de politiek in die zin dat niet meer de vele diverse taken vanuit een centrum op één territoire worden geprojecteerd, al dan niet gedecentraliseerd. Dus niet een top-down model, maar juist een bottom-up model. In dit model kan een lappendeken ontstaan van functioneel gedifferentieerde politieke territoria, waarin bovendien de toe- en uittreding flexibel blijft. Meer praktisch zou dit op de langere termijn kunnen leiden tot een Europa met een, afgezien van de interne markt, variabele geometrie waar voor nationale territoria geen plaats meer is met uitzondering van de cultuurpolitiek waar nationale grenzen en cultuurgrenzen samenvallen. Eén van de effecten van het model van Frey is dat het bureaucratische milieu veel competitiever wordt en een ondernemingsachtige efficiëntie gaat vertonen. Bovendien zullen als gevolg van de differentiatie in beleidsmatig en qua vereiste expertise enigszins

³¹ Walter Eucken Institut, Beiträge zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik 151, Tübingen (Mohr Siebeck) 1997.

samenhangende clusters³² veel meer en veelal meer deskundige mensen in deeltijd politicus kunnen zijn, zoals dat bij ons bijvoorbeeld met de Eerste Kamerleden het geval is. Door die functioneel differentiatie stemt de burger ook niet meer in één keer over alle beleidsterreinen. Kiezers behoeven dan ook niet meer te stemmen voor zaken waar ze niet geïnteresseerd in zijn en waar ze om die reden vermoedelijk ook niet of nauwelijks kennis van hebben. Thans is het in feite zo dat de publieke opinie op al die beleidsterreinen waar de massa van de kiezers eigenlijk bij gebrek aan kennis en belangstelling tamelijk onverschillig tegenover staat, niettemin door de stem van die massa worden bepaald in plaats van door het werkelijk spraakmakende deel van die opinie. Op die wijze wordt het idee van een publieke politieke opinie wat meer dan een speculatieve constructie op basis van partijprogramma's waarin op z'n best gedaan wordt alsof er een achterliggende gedachte is die de partijstandpunten op de diverse beleidsterreinen met elkaar verbindt.

LWS kan aldus als basis dienen van een politieke hervormingsbeweging die qua coherentie en fundering van z'n programma z'n gelijke niet kent. Alle andere politieke ideologieën, met uitzondering wellicht van die van de echte reformatorische partijen, zijn vanuit cultuurhistorisch perspectief gezien hoe langer hoe verder gedegenereerd tot het

³² Te denken valt bijvoorbeeld aan de volgende clusters: a) justitie en binnenlandse zaken; b) defensie en buitenlandse zaken; c) financiële, economische en sociale zaken; d) onderwijs, media, cultuur en wetenschap; e) volksgezondheid, natuurbescherming, ruimtelijke ordening.

niveau van nietszeggendheid van een kleurentaal: bruin, blauw, rood, groen.³³

9. LWS in maatschappijtheoretisch perspectief

De vraag die ik nog niet aan de orde heb gesteld is welk maatschappijtheoretisch perspectief nu samenhangt met LWS. Dat was, zoals ik eerder heb gesteld, wat noodzakelijk is om metajuridica als het ware van binnenuit aan rechtsdogmatiek te koppelen en het een meer centrale plaats in het wetenschappelijk onderwijs en onderzoek van het recht te laten innemen.

De moderne samenleving heeft zich sinds de zeventiende eeuw ontwikkeld onder de druk van de concurrentie van de in toenemende mate nationale staten. Deze concurrentie heeft, behalve tot vreselijke oorlogen, ook geleid tot een steeds verdere mobilisatie van de bevolking door verplicht onderwijs, publieke gezondheidszorg en sociale zekerheid alsmede, tot voor kort, de militaire dienstplicht, die in Nederland intussen echter gelukkig is afgeschaft. Dit is gepaard gegaan met democratisering opdat de burger zich zou identificeren als staatsburger en eventuele revolutionaire ambities zou opgeven. Deze ontwikkeling laat zich echter ook nog anders waarnemen, namelijk in het perspectief van de natuurlijke evolutie. In de negentiende eeuw ontwikkelt zich de evolutietheorie. Darwin's grote ontdekking was met name geïnspireerd door de bevolkingstheorieën van de dominee-econoom Malthus. Het economische perspectief op de

³³ Ik realiseer me, dit schrijvend, dat er eigenlijk geen kleur is voor de Europees gezien, belangrijkste politieke stroming, namelijk die van de Christen-democraten. Mij lijkt dat goudgeel daarvoor de juiste kleur is, de kleur van heiligenschijn.

samenleving had zich hand in hand ontwikkeld met het systeem van wat gezien werd als dat van de natuurlijke vrijheid, of ter wel de markteconomie. Dit liet zich eveneens heel gemakkelijk interpreteren in termen van een op de scheiding van moraal en recht gebaseerd en door een “invisible hand” gestuurd mechanisch systeem. In dat systeem worden immers, zoals De Mandeville het uitdrukte, “private vices” zoals begeerte naar rijkdom en het verlangen anderen te overtroeven, omgezet in “public benefits” bestaand in economisch-technische vooruitgang. De zogenaamde natuurlijke vrijheid behoeft echter een rechtssysteem, waardoor de concurrentie op vreedzame en eerlijke wijze kan plaatsvinden. Prestaties laten zich in dat systeem meten door de institutie van het geld. In de loop van de ontwikkeling van de moderne samenleving hebben zich steeds meer sociale systemen gedifferentieerd waarin het kenmerkend is dat ze gericht zijn op meting van prestaties via een min of meer kwantificeerbaar medium. Behalve de markteconomie, is dit ook kenmerkend, zoals we gezien hebben, voor het klassieke strafrechtssysteem, maar in de negentiende eeuw ontwikkelt zich ook het moderne schoolsysteem met zijn cijfers en examens. Ook het wetenschappelijk onderwijs en onderzoek wil zich in onze tijd graag cijfermatig beoordeeld zien. Zelfs hoogleraren doen vrij massaal mee aan - wetenschappelijk gezien - hoogst onbetrouwbare enquêtes en visitaties. Cijfers, hoe onzinnig ook, hebben een fetisjwaarde in onze samenleving. Ook de democratie vertoont de typische combinatie van competitie en meting. Zelfs privaat geluk en vrije tijd zijn in de vorige eeuw steeds meer onderworpen aan dit algemene cultuurpatroon. Mannen en vrouwen zijn gelijkgesteld en echtscheiding is vrij geworden,

even afgezien van de materiële consequenties ervan, want het overleven moet wel weer gegarandeerd zijn. Mannen en vrouwen die hun partner bij nader inzien te weinig te bieden hebben, moeten er rekening mee houden dat ze de bons krijgen. De strijd op de markt van liefde en geluk is dus niet gestreden als het boterbriefje getekend is en massa's tijdschriften en therapeuten houden zich bezig met de analyse en advisering ter zake van relationeel succes. Zelfs vrije tijd wordt in onze tijd massaal passief of actief doorgebracht in competitief verband.³⁴ Religie daarentegen heeft sterk aan functie ingeboet, ja lijkt zich te transformeren in een ondermaanse cultus, namelijk die van de gezondheid. Niet langer wordt geloofd of zelfs maar verlangd naar een eeuwig leven, maar des te meer naar een zo lang mogelijk gezond leven. "Slechte" leefgewoontes, zoals vet eten en roken, worden getaboeïseerd. Dit is opmerkelijk omdat de waarde van een lang leven boven een bepaalde grens zeer dubieus is en wellicht niet opweegt tegen het genot dat "slechte" leefgewoonten kunnen verschaffen en ook niet tegen het maatschappelijke voordeel, geïllustreerd door de huidige discussie over de betaalbaarheid van de pensioenen, als mensen niet al te bejaard overlijden. De verklaring is, zo vermoed ik, het competitieve karakter van onze sociale cultuur. Zoals Thorstein Veblen al honderd jaar geleden schreef gaat het in de consumptiemaatschappij, in Veblen's tijd nog beperkt tot de "leisure class", niet zozeer om genot, als wel om "conspicuous consumption". Vitaal en gezond blijven tot op hoge leeftijd geldt als een prestatie in het kader van de moderne, competitieve

³⁴ Dit gebeurde ook al wel in de oudheid, maar daar had sportieve competitie meestal betrekking op martiale vaardigheden, die bij ons door het moderne wapentuig vrijwel iedere betekenis verloren hebben.

leefstijl. Het moderne cultuurpatroon wordt dan ook deels ten onrechte gekenschetst als in toenemende mate individualistisch. Het punt is dat het tegelijkertijd een in hoge mate gesocialiseerd patroon is. Het zijn immers competitieve individuen waarvan de prestaties en kwaliteiten volgens algemene maatstaven worden gemeten.

Het competitieve karakter van de samenleving wordt echter gecompenseerd door systemen die de belangrijkste negatieve gevolgen van uitval in de sociale competitie opvangen middels sociale zekerheid, alimentatie, gezondheids- en invalidenzorg, verplichte verzekeringen tegen grote, veel voorkomende risico's alsmede de preventie ervan middels steeds meer veiligheids- en inspectiediensten.³⁵ Ook sociologen hebben inmiddels het fenomeen "Risikogesellschaft" ontdekt, maar zijn daarbij vrij eenzijdig gericht op de technische risico's van een moderne samenleving, die tot de verbeelding spreken van een met science fiction opgegroeid publiek. In feite is er sociologisch gezien echter niet zoveel nieuws onder de zon. Veel risico's die vroeger onbeheersbaar waren zijn thans beheersbaar geworden. Tegelijkertijd heeft de voortschrijding van de techniek en de globalisering die ermee gepaard is gegaan nieuwe risico's geschapen.

Deze ontwikkelingen, toenemende competitie in combinatie met beheersing van vitale risico's, hebben hun oorsprong in veranderingen in wat marxisten de onderbouw pleegden te

³⁵ Zo heeft schrijver dezes ook nog een korte maar vrolijke carrière doorlopen als facultaire BedrijfsHulpVerlener.

noemen: de productieverhoudingen. Het patroon ervan is echter steeds hetzelfde: competitie tussen individuen waardoor variatie gemaximeerd wordt en selectie door meting min of meer gerationaliseerd kan worden. De moderne cultuur is er een van wat Max Weber “Berechenbaarheid” noemde. Ook de inzichten van twee andere grote Duitse sociologen zijn hier op zijn plaats. In de eerst plaats Norbert Elias, volgens wie moderniteit hand in hand is gegaan met steeds verder gaande beheersing van gewelddadigheid binnen de samenleving, en in de tweede plaats Niklas Luhmann met zijn theorie van de zelfsturende sociale systemen. Alle genoemde subsystemen hebben immers aan hun eigen typische functionaliteit geliëerde metingscriteria aan de hand waarvan zij ook zichzelf als systemen kunnen observeren c.q. zich aan hun omgeving kunnen aanpassen als veranderingen van buiten die systemen wordt veroorzaakt. Bij Luhmann ontbreekt echter een theorie van de samenhang van de sociale systemen en hij denkt kennelijk dat deze door geen enkele overkoepelende moraal meer wordt beheerst. En dat is dus echt een misvatting, want ze opereren in het kader van een tweede orde moraal, een moraal waarin verdisconteerd is dat er geen waarheid is van eerste orde niveau.

Maar is dan LWS niet in een of andere zin waar? Nee, een overlevingsmoraal heeft alleen geldigheid voor wie uit is op een samenleving waarin mensen vreedzaam maar ook zoveel mogelijk in vrijheid met elkaar omgaan. Als u aan zo’n verlangen een waarheid wilt toekennen, dan kunt u hooguit zeggen dat u de maatschappelijke evolutie aan uw kant lijkt te hebben ook al wordt de westerse wereld thans nog eens

geconfronteerd met globale conflicten die oppervlakkig gezien althans, een religieus karakter hebben. U zou, als u romantisch wilt zijn, ook een neo-Hegeliaanse duiding kunnen geven aan het maatschappelijk proces dat ik geschetst heb. Volgens Hegel is de geschiedenis het proces van zelfbewustwording van de geest. Je zou kunnen stellen dat de moderne samenleving in het licht van de moderne evolutietheorie beter kan worden gekenschetst als het proces van zelfbewustwording van de natuur. Dat wat wij geest en bewustzijn noemen, Spinoza wist het al, is immers helemaal geen tegenstelling tot de natuur, maar een product van de natuurlijke evolutie. De toenemende kennis van de natuurlijke evolutie, de menselijke natuur en de samenleving is een proces van een zichzelf voortstuwende reflectie van de natuur op zichzelf. De natuurlijke evolutie lijkt zich daarbij in met name de moderne samenleving te (willen) verheffen van het niveau van de blinde biologische variatie en selectie naar dat van de betrekkelijke rationaliteit van variatie en selectie in sociaal-culturele systemen. Het zou echter zeer naïef zijn dit alles te zien als een historisch gedetermineerd proces en te denken dat het geen ander doel heeft dan het heil van de mensheid te dienen. Ook zou het naïef zijn te denken dat moderne cultuur met haar voortdurende “vooruitgang” mensen ook steeds gelukkiger maakt. In een zo competitieve samenleving zullen nijd en afgunst immers welig tieren en in ieder geval wordt een leven dat zozeer in het teken van competitie staat, gekenmerkt door een soms gezondheid en geluk bedreigende prestatiedruk. Daarnaast impliceren “Berekenbaarheid” en “Risikogesellschaft” ook een steeds maar toenemende private en publieke bureaucratie, waarvan een mens niet alleen tamelijk horendol van kan worden,

maar die een voortdurende vraag naar meer controle genereert als er geen geruststellende informatie beschikbaar is dat er geen sprake is van misstanden, of als controle, hoewel aanwezig, weer eens spectaculair gefaald heeft. Het moge duidelijk zijn dat LWS als reflectie van het moderne cultuurpatroon weinig te bieden heeft om de minder aantrekkelijke kanten ervan te bestrijden. Maar wel iets. Een basisinkomen en een reductie van de belastingen tot BTW (speciale heffingen en retributies even daargelaten), impliceren immers een enorme reductie van de bureaucratische druk op de samenleving.

10. Recht en moraal

Gegeven het feit dat ook een moderne samenleving zonder moraal niet goed denkbaar is, is het de vraag wat de filosofische grondslag is van moderne moraal en hoe recht en moraal zich tot elkaar verhouden. Ik heb het dan niet over een eerste orde moraal, dat wil zeggen een moraal die gebonden is aan een bijzondere metafysica of een religieus uitgangspunt, maar over de conventionele moraal. Met moraal in conventionele zin bedoel ik de in een moderne maatschappij tamelijk algemeen geaccepteerde sociale omgangsregels, regels over verantwoordelijkheden en plichten in sociale subsystemen, en deugden. Deugden zijn deels die welke bestaan in het zich houden aan omgangsregels en het adequaat vervullen van rollen, door Fuller als “morality of duty” aangeduid, en deels verwijzen ze naar de uitzonderlijke kwaliteiten van individuen, door Fuller “morality of aspiration” genoemd. Door conventionele moraal van eerste orde moraal te onderscheiden,

claim ik impliciet dat moderne moraal geen metafysische of religieuze grondslag heeft, maar net als recht begrepen kan worden als gebaseerd op een praktisch motief op grond waarvan mensen moderne moraal als goed kunnen (h)erkennen. Het van regeringswege afgekondigde debat over waarden en normen suggereert dat conventionele moraal omstreden is, maar dat lijkt mij, en mij niet alleen getuige de reacties, grotendeels lariekoek. Het maatschappelijk probleem ligt bij de handhaving van morele normen die voor 99% juist helemaal niet omstreden zijn. Het enige wat nog enigszins omstreden is, zijn zogenaamde levensbeschouwelijke kwesties, zoals die betreffende abortus, euthanasie en drugsgebruik. Toch is ook dat meer schijn dan werkelijkheid. Zelfs de grote christelijke politieke partijen zijn min of meer akkoord gegaan met de officiële praktijken, zij het veelal bij wijze van beheersing van wat principieel meestal nog steeds als verkeerd wordt gezien. Gelet op de ontkerkelijking in de moderne samenleving (ook de islam zal daar niet tegen bestand blijken), gaat het hier echter om achterhoedegevechten. Ook de toelaatbaarheid van niet-medicinaal drugsgebruik is in een land als Nederland nauwelijks meer omstreden, tenzij het ernstige schade toebrengt aan de gezondheid van de gebruiker en als gevolg daarvan de samenleving met hoge kosten opzadelt, dan wel fysiek gevaar voor anderen. De discussie gaat eigenlijk meer over de vraag of en wanneer dat het geval is dan over het principe.³⁶

³⁶ Waarbij nogal eens onzuiver wordt geredeneerd. Roken, bijvoorbeeld, is nuttig voor de samenleving, maar wel mag van rokers worden verlangd dat ze anderen niet onvrijwillig laten meeroken.

Wat is de grondslag van moderne moraal? Moderne moraal berust niet, zoals recht, alleen op respect voor de mens die in vrede met anderen wenst samen te leven. Bij moraal komt er iets bij en dat is sympathie voor de mens. Het is gebaseerd op de wens dat mensen niet alleen zullen kunnen overleven, maar dat ze daar ook zo goed mogelijk zelf toe in staat zullen zijn. Sociale omgangsregels doen sociale processen efficiënter verlopen, rolverwachtingen maken gedrag voorspelbaar en corrigeerbaar, deugden in de zin van aspiraties stimuleren excellentie. Moraal beoogt de fysieke, sociale, expressieve, technische en intellectuele vaardigheid van de mens te bevorderen. Moraal dient dus niet slechts het overleven, maar is gericht op het “goede leven” of, in de huidige terminologie, welzijn. Dat wil echter niet zeggen dat moraal een principieel andere functie heeft dan recht. Veeleer is het de functie van moraal recht overbodig te maken doordat mensen uitgerust met genoemde vaardigheden, spontaan zullen samenwerken en in staat zullen zijn op basis van vrijwilligheid te voorzien in zowel hetgeen nodig is voor overleven als in de versterking van de macht van de mens over zijn sociale en natuurlijke omgeving. Met sociale “macht” bedoel ik dan niet het onderdrukken van anderen, maar juist het tot wederzijds voordeel en genoegen samenwerken en samenleven met anderen.

Zo gezien is moderne moraal een derde orde moraal, een moraal waarin de kwestie van het overleven in biologische zin niet *direct* meer aan de orde is. Terwijl recht geweldsuitoefening als het ware rationaliseert en matigt, lijkt moderne moraal geweld volledig overbodig te willen maken. Dit verklaart ook waarom vrijheid en gelijkheid essentiële kenmerken zijn van moderne

moraal. Niemand heeft het recht de ander de morele wet voor te schrijven. Tegelijkertijd schept dit echter een probleem, namelijk de intersubjectiviteit van morele normen. Dit probleem zou ons betrekkelijk koud kunnen laten, gelet op juist de consensus op het terrein van de moderne conventionele moraal. Maar filosofische reflectie over moderne moraal is wel de inspiratiebron geweest van de vele, onderling tegenstrijdige politieke ideologieën, waarover straks (in par. 11) meer.

Ter oplossing van het probleem van de filosofische fundering van moderne moraal zijn grofweg vier wegen bewandeld: gelijkheid, vrijheid, nut en wat neerkomt op de ontkenning van een theoretisch-filosofische grondslag van moraal, traditie en experimentele ervaring. De eerste mogelijkheid, die van de gelijkheid, is de morele identiteit van personen aan te nemen. Hierop is de gulden regel “behandel een ander gelijk u zelve” gebaseerd, een soort gesecculariseerde versie van de christelijke broederschapsgedachte, zoals men die bijvoorbeeld al aan het einde van de zeventiende eeuw bij Christian Thomasius aantreft³⁷. Kant zag echter duidelijk dat de gulden regel subjectiviteit niet kan uitsluiten. Iemand met weinig zelfrespect zal, de gulden regel volgend, ook anderen weinig respect behoeven te betonen. Anderen echter, die hogere eisen stellen aan zichzelf en anderen, zullen deze persoon tegelijkertijd een moreel verwijt moeten maken én moeten erkennen dat hij de gulden regel heeft gevolgd.

³⁷ De gulden regel viel volgens Thomasius uiteen in de gerechtigheidsregel “doe een ander niet wat u niet wilt dat u geschiedt”(*iustum*), de zedelijkheidsregel “doe een ander wat hij zou willen dat hij u zou doen” (*decorum*) en de eerbaarheidsregel “doe u zelve wat u zou willen dat anderen zich doen”(*honestum*).

Kant meende daarom, op zichzelf terecht, dat er een objectief criterium voor menselijke waardigheid aan moraal ten grondslag moet liggen. Mensen zijn volgens Kant in moreel opzicht wezenlijk gelijk in hun vermogen zichzelf de wet te stellen. “Autonomie” is volgens Kant wat de mens als moreel wezen van het volledig door natuurlijke impulsen beheerste dier onderscheidt³⁸. Kants “categorische imperatief luidt daarom: “handel zo dat uw gedragsmaxime verenigbaar is met ieders vrijheid”. Dit is dus de tweede weg van filosofische fundering van moderne moraal, die van de vrijheid. Iemand met weinig respect voor zichzelf, die zichzelf en zijn bezittingen zo verwaarloost dat hij ziek en behoeftig wordt, handelt weliswaar in overeenstemming met de gulden regel, maar niet met de categorische imperatief, omdat hij als behoeftige niet meer autonoom is. De categorische imperatief verplicht ieder individu juist zo goed mogelijk voor zichzelf te zorgen. Toch schiet de categorische imperatief tekort als het gaat om sociale normen die ons verplichten tot solidariteit en wellevendheid. De plicht bijvoorbeeld een drenkeling te helpen als dat zonder gevaar voor eigen leven mogelijk is, is wel uit de gulden regel af te leiden (even aannemend dat praktisch iedereen die dreigt te verdrinken gered wenst te worden), maar niet uit de categorische imperatief. Zo’n plicht is immers niet verenigbaar met de vrijheid van een ieder. De plicht tot beleefdheid volgt zelfs noch uit de gulden regel, noch uit de categorische imperatief. Laatstgenoemde heeft in dit geval zelfs absurde consequenties. Het morele recht om

³⁸ Overigens met de morele wijsheid van de natuur niet worden onderschat. Zo vermeldt Frans de Waal in “Chimpanzee Politics” dat de alpha-aap die niet deel heeft uitgemaakt van jachtgroep, zo wijs is om eerst de leden van de groep te laten genieten van de buit en dan pas zichzelf eventueel bedient. Hij “realiseert” zich kennelijk dat zijn leiderschap afhankelijk is van acceptatie en ondersteuning door zijn “onderdanen”. Puur individuele fysiek superioriteit is niet genoeg om in de alpha-positie te blijven.

onbeleefd te zijn laat anderen de vrijheid om beleefd te zijn, de plicht tot beleefdheid daarentegen beperkt de vrijheid juist. Onbeleefdheid als permissieve norm lijkt daardoor beter verenigbaar met de vrijheid van een ieder dan een verplichting tot beleefdheid. Zowel de gulden regel als de categorische imperatief helpen ook niet verder als het gaat om conflicten tussen morele verplichtingen omdat ze geen criterium hebben voor het grotere of kleinere gewicht van morele verplichtingen. Moet ik, om maar eens een persoonlijk dilemma als voorbeeld te nemen, een baan zoeken om het mijn gezin materieel even goed te laten gaan als vroeger of moet ik zoveel mogelijk tijd steken in het voltooien van mijn boek over LWS, waar, niemand zal er toch aan twijfelen, de mensheid halsreikend naar uitkijkt?

De utilitarist, die de derde moderne verklaring van moraal vertegenwoordigt, zal geneigd zijn om het falen van de categorische imperatief als verklaring van moraal te zien als een indicatie van het feit dat moraal menselijk nut dient te bevorderen. De utilitarist kan de plicht tot bijstand in nood en tot beleefdheid immers gemakkelijk verklaren³⁹. Ook het begrip van moderne moraal zoals boven gegeven, past goed in de utilitaire theorie. Het gaat immers om normen die in ieders belang zijn. De utilitarist stuit echter op problemen als het gaat om vrijheid en gelijkheid. Hij kan niet verklaren waarom rechtsnormen wel en morele normen niet desnoods met geweld kracht mogen worden bijgezet. In het utilitarisme is dit puur een kwestie van efficiëntie van informele sancties in vergelijking tot

³⁹ Hoewel? In Engeland geldt bijvoorbeeld geen rechtsplicht een drenkeling te helpen als dat zonder gevaar voor eigen leven mogelijk is. Posner geeft daarvoor als rechtseconomische verklaring dat mensen beter zullen opletten en zich niet in levensgevaar zullen begeven waardoor ze gered moeten worden. Ik geloof er geen barst van.

formele sancties. In feite kan de utilitarist ook het recht niet goed verklaren. Telkens als het voordelig zou zijn om het recht te schenden, zou dat immers plicht zijn, mits de schade maar uit het voordeel wordt gecompenseerd⁴⁰. Maar ook gelijkheid speelt de utilitarist parten. Morele normen kunnen weliswaar in ieders belang zijn, maar daarom nog niet ook in gelijke mate in ieders belang. Regel-utilitaristen pogen dit probleem op te lossen door op regels af te stellen die “in the long run” in ieders belang zijn, rekening houdend met het feit dat regels noodzakelijk zijn voor voorspelbaarheid van gedrag van anderen. Dat lost het probleem echter niet op in die situaties waarin voor alle betrokkenen duidelijk is dat regeltoepassing suboptimaal is vanuit het oogpunt van nutsmaximalisatie.

Rawls heeft deze problemen pogen op te lossen door een onderscheid te maken tussen primaire en secundaire vrijheden. Primaire vrijheden zijn vrijheden waarvan iedereen in principe in gelijke mate van kan profiteren. Alle vrijheden die verenigbaar zijn met een gelijke vrijheid voor een ieder, moeten daarom worden gerespecteerd volgens Rawls. Op primair niveau geldt volgens hem dus de categorische imperatief. Maar onder die vrijheden valt ook het recht het eigen leven naar eigen inzicht te mogen inrichten, want Rawls erkent anders dan de

⁴⁰ Rechtseconomen verwijten mensen die het daar niet mee eens zijn metafysisch geïnspireerde irrationaliteit. In feite zijn nogal wat rechtseconomen blind voor het feit dat vrijheid voor mensen een waarde kan hebben die niet in geld is uit te drukken. Zo zou een rechtseconoom ook geen bezwaar kunnen maken tegen verkoop van het stemrecht. Voor mensen met een voorkeur voor een partij die uiteindelijk toch niets in de politieke melk te brokkelen zal hebben en die het verder niets uitmaakt wie de verkiezingen wint, is het voordeliger hun stem te verkopen. Vanuit een rechtseconomische visie op de democratie zou daar niets op tegen zijn. Wat is immers het verschil tussen iemand een bepaald bedrag beloven voor het geval een partij aan de macht komt en het al bij voorbaat dat bedrag betalen? Het verschil is dat het uit particuliere bron betaald moet worden en dat is toch alleen maar toe te juichen vanuit een economische benadering. Nu is het immers zo dat ook de verliezers mee moeten betalen aan de leuke dingen die de winnaars aan de stemmers hebben beloofd voor het geval ze aan de

utilitarist geen interpersoonlijke nutsvergelijking. Rawls scheidt immers uitdrukkelijk het idee van het goede van het idee van het nuttige. Juist daarom moet volgens hem worden voorkomen dat mensen hun maatschappelijke overtuigingen op strategische gronden gaan kiezen. Maar strategie is volgens Rawls in zoverre onvermijdelijk dat ieder bij verondersteld gebrek aan kennis van zijn maatschappelijke positie (de “veil of ignorance”) zal kiezen voor het maximin-principe (beperking van het maximale verlies) wat betreft de welvaartseffecten van zijn of haar levensvisie. Even daargelaten of dat een juiste redenering is, komt Rawls aldus via een omweg toch uit bij wat ook een klassieke utilitarist zou moeten bepleiten onder de aanname van een interpersoonlijk afnemend grensnut van inkomen, namelijk herverdeling van inkomen tot het punt waarop herverdeling de te verdelen som kleiner maakt. Rawls’ theorie lijdt aan twee fundamentele problemen. Het ene probleem is de tegenstrijdigheid dat enerzijds wordt verondersteld dat mensen niet strategisch hun levensvisie kiezen, maar dat weer wel doen voor wat betreft de materiële consequenties van die keuze. De economische dimensie van moraal is echter niet meer dan een dimensie ervan die onverbrekkelijk samenhangt met de andere dimensies ervan. In sommige visies zijn maximin-praktijken niets anders dan een vorm van verkapte diefstal.

Het tweede probleem is dat van de luxe smaak. Iemand met een voorkeur voor het leven van Peter Stuyvesant kan niet verwachten dat met zijn voorkeur rekening zal worden gehouden

macht komen. De stemmers hebben op die manier ook meer zekerheid dat ze ook werkelijk profiteren van hun stem.

als het gaat om de verdeling van middelen. Omgekeerd kan iemand die van nature lui is, niet verwachten dat anderen harder werken om zijn luiheid te compenseren. Maar is het dan niet redelijk dat, gelet op de materiële dimensie van het realiseren van levensvisies in het algemeen, er op z'n minst gelijke startkansen dienen te zijn, zoals Dworkin heeft bepleit? Daartegen zijn echter vele bezwaren aan te voeren. De rechtvaardiging voor gelijke startkansen is de contingentie van de omstandigheden waarin men geboren wordt. Maar, zo zou ter verdediging van Rawls' positie kunnen worden opgemerkt, verschil van talent of geneigdheid tot luiheid dan wel ijver, is al even contingent en hetzelfde geldt voor allerlei omstandigheden na de "start". Bovendien, hoe schept men gelijke startkansen? Dworkin wil daarvoor successiebelasting inzetten. Wat men erft, is immers een voor de erfgerechtigde contingent gegeven. Een 100% successierecht zal echter grote praktische bezwaren ontmoeten. Erflaters zullen immers langs allerlei sluiptwegen pogen hun nazaten te bevoordelen of hun bezittingen desnoods op hun begrafenisfeest laten verbrassen. Een principiële bezwaar is dat iemand iets nalaten moreel gezien gelijk staat aan een schenking en het niet zo duidelijk is wat er tegen is op schenkingen. Zeker, er bestaat ook zoiets als schenkingsbelasting, maar wat rechtvaardigt dat soort belastingen eigenlijk? Tenslotte: op welke schaal wil men gelijkheid in de praktijk brengen? Nationale grenzen lijken wat dat betreft even contingent als de contingenties die men beoogt op te heffen.

Toch zit er vanuit het perspectief van LWS wel een valide element in zowel Rawls' maximin-principe als in Dworkin's idee

van gelijke startkansen. In LWS wordt immers in verband met het morele relativisme en de onoplosbare conflicten die daar het gevolg van kunnen zijn, gepleit voor het basisinkomen. Dit garandeert dat in principe iedereen vrij is zijn leven naar eigen morele overtuiging in te richten. Met het basisinkomen is in combinatie met het recht op onderwijs, ook een gelijkheid van startposities gegeven. Als niemand zich meer puur om het overleven hoeft te bekommeren, kan iedereen mits spaarzaam en begiftigd met het nodige talent en geluk, van krantenjongen miljonair worden.

De utilitaristische verklaring van moraal faalt dus om twee redenen. De eerste reden is dat het de conventionele scheiding van recht en moraal niet kan verklaren en conventionele morele verplichtingen door recht zou moeten handhaven indien dat doelmatig zou zijn. Vanuit LWS is die scheiding wel te verklaren, namelijk op grond van het feit dat morele normen niet het directe overleven beschermen, maar een beroep doen op de sympathie voor de mens en recht beogen te vervangen door vrijwillige samenwerking en inspanning ten behoeve van het overlevingsvermogen in brede zin. De tweede reden dat het utilitarisme faalt is dat moreel relativisme onverenigbaar is met de aanname van intersubjectieve nutsvergelijking. Voor het recht geeft dit geen grote problemen omdat het belang van overleven inderdaad als een algemeen belang kan worden aangemerkt. Maar voor de moraal is dat niet goed vol te houden. Weliswaar laat moderne moraal zich vanuit utilitaristisch perspectief goed begrijpen, maar moderne moraal laat zich niet meer rechtvaardigen als in het directe belang van

ieders overleven, maar alleen als in het belang van de mensheid bij het ontwikkelen van steeds grotere sociale, expressieve, intellectuele, technische en expressieve vermogens. Een concreet individu heeft daar echter niet noodzakelijkerwijs belang bij. Een vooruitgangspessimist kan immers zeer wel van mening zijn dat de zogenaamde vooruitgang per saldo alleen maar leidt tot meer ellende in de wereld.

Dat het bij moraal anders dan bij het recht niet primair om het belang van het individu, maar van de mensheid gaat, laat zich illustreren aan de hand van John Stuart Mill's theorie van wat economen "merit goods" noemen. Mill dacht met zijn theorie van een rangorde van goederen het probleem van de subjectiviteit van nut te kunnen lossen. Zijn theorie komt er grofweg op neer dat intellectuele en culturele goederen een meer duurzame en intensiever genoeg verschaffen dan de bevrediging van de meer zinnelijke behoeften. Omdat mensen deze hogere behoeften echter meestal niet spontaan ontwikkelen, is het zaak ze er door opvoeding kennis mee te laten maken. Op Mill's visie is tweeërlei kritiek mogelijk. De eerste is dat Mill door de vooroordelen van zijn sociale klasse filosofisch cachet te geven het utilitarisme een wat "fatsoenlijker" en minder radicaal imago beoogde te bezorgen, terwijl in feite geen goede grond is om aan te nemen dat bevrediging van meer banale behoeften minder nut oplevert dan de meer beschaafde. Juist omdat de ontwikkeling daarvan veel inspanning vergt en meer primaire behoeften door de natuur ten behoeve van de "selfish genes" zijn bekrachtigd, is Mill's theorie op zijn minst zuivere speculatie. De tweede kritiek accepteert weliswaar dat er iets zit in Mill's theorie op het

niveau van de volkswijsheid “wat de boer niet kent dat vreet ie niet”, maar dat daaruit niet volgt dat boerenspijs voor de boer minder nut oplevert dan de “haute cuisine” voor de fijnproever. Weliswaar leeft de fijnproever in een veel complexere wereld met veel meer alternatieven en ontwikkelingsmogelijkheden. In die zin geeft “haute cuisine” meer “macht” over de wereld. Het schept potentiële genoegens die voor de boer niet bestaan. Er is als het ware meer om van te genieten, maar dat zegt nog niets over wat het genot nu maximaliseert en zeker niet op het niveau van het individu. Bovendien heeft ook het boerenleven zo zijn meer subtiële bekoringen, waar de fijnproever meestal van verstoken zal blijven. Welke vorm van bestaan het beste past bij een individu, is dan ook een subjectieve kwestie. Het onderscheid tussen enerzijds het individuele niveau van het overleven en het collectieve niveau van het welzijn als finaliteit van het moderne recht, respectievelijk die van moderne moraal, laat niet alleen zien waarom de problematiek van het kwalitatieve aspect van nut binnen het utilitaire kader onoplosbaar is, maar ook dat dit nog geen reden is om ook een utilistisch referentiekader op te geven. Niet voor het individu maar voor de mensheid is de ontwikkeling van Mill’s “hogere” vermogens van belang en wel omdat het nieuwe vormen van zelfrealisatie mogelijk maakt.

Dat moraal niet door (rechts)geweld mag worden afgedwongen, volgt uit de finaliteit van moderne moraal, gebaseerd als deze is op niet slechts respect, maar op sympathie voor de mens. Moderne moraal is een derde orde moraal, een moraal die beoogt om recht overbodig te maken en daarom is het in strijd met die moraal om deze door rechtsdwang te bekrachtigen, zelfs als dit

effectiever zou zijn dan informele sociale controle, even afgezien van vrijwillige, contractuele versterking van moraal. Deze verhouding van recht en moraal impliceert niet dat er slechts een negatieve samenhang bestaat tussen recht en moraal. Recht is immers een voorwaarde voor een samenleving waarin morele deugd kan worden ontwikkeld en de wijze waarop recht die functie vervuld is ook medebepalend voor het morele karakter van een samenleving.

Zo is het typische van moderniteit gelegen in de wijze waarop recht aan moraal gekoppeld is. Deze koppeling doet, op het eerste gezicht, paradoxaal aan, want moderniteit wordt immers juist gekenmerkt, zoals betoogd, door een scheiding van recht en moraal. Maar die scheiding houdt verband met de culturele transformatie van het natuurlijke, competitieve gedrag van de mens, tot uitdrukking komend in een bijna obsessief vooruitgangsgeloof. Het “geniale” van de moderne samenleving is immers om “immorele”, genetisch ingebakken gedragsmotieven, jaloezie, geldingsdrang, ijdelheid, zucht naar rijkdom e.d. te mobiliseren om menselijke deugden te helpen ontwikkelen. Het zal duidelijk zijn dat niet alle menselijke deugden op die wijze kunnen worden ontwikkeld. Sommige deugden komen er, bekaaid vanaf en andere zijn door de koppeling aan sociaal-economische competitie, voortdurend aan de dreiging van corruptie blootgesteld (men denke bijvoorbeeld aan wat er met de academische vrijheid is gebeurd in onze faculteit). Gegeven de hoge mate van arbeidsdeling waardoor moderne samenlevingen onvermijdelijk steeds meer worden gekenmerkt, wordt het ook steeds moeilijker diverse deugden in

één persoon te integreren. Maar er is natuurlijk een verschil tussen een deugdzame samenleving en een samenleving met veel deugdzame persoonlijkheden. De eerste poogt in de eerste plaats menselijke deugden te bevorderen door passende maatschappelijke condities en stimuli, de tweede bekommert zich in de eerste plaats om de bevordering van de persoonlijke deugdzaamheid door opvoeding. Het is dan ook niet toevallig dat moderne mensen zich gegeneerd voelen als politici en gezagsdragers doen alsof ze maatschappelijke problemen kunnen aanpakken middels zedenpreken. Moderne mensen ervaren dat als een expressie van onmacht, hypocrisie en gedragswetenschappelijke onnozelheid.

Hoewel moderne moraal, dat wil zeggen derde orde moraal, dus evenmin op één of andere logische onbetwistbare grondslag berust als recht, is er wel degelijk een immanente samenhang met recht. Als recht een manier van overleven is, is de vraag “waartoe overleven” immers onvermijdelijk. Die vraag doelt niet op waar het leven toe dient, een theologische vraag, maar op wat in het leven waarde heeft. Moraal is in de samenhang van moderniteit, het complement van recht en qua finaliteit gericht op datgene wat recht overbodig maakt. De samenhang van recht en moraal is dus van dialectische aard. Moraal is niet alleen het negatieve complement van recht qua wijze van handhaving (heteronomie versus autonomie⁴¹), maar ook de negatie van autonomie. Moraal heeft weliswaar autonomie als noodzakelijke

⁴¹ Dit lijkt twijfelachtig omdat er immers ook morele druk en sancties zijn. Het punt is echter dat de daarin vervatte kritiek niet primair gericht is op de laakbaarheid van het gedrag, maar de instelling die daaraan ten grondslag ligt. De kritiek is niet gericht op zuiver uiterlijke aanpassing, maar op internalisering van waarden en normen.

voorwaarde, maar autonomie of respect voor de vrijheid, is er niet het principe van, zoals Kant dacht, maar altruïsme. Maar heeft moraal dan niet uiteindelijk toch een metafysische basis in de zin dat de altruïst aanneemt dat het welzijn van anderen als zodanig waarde heeft buiten enig direct belang van de altruïst zelf? In feite is dit echter het directe uitvloeisel van waardenrelativisme. Als waarden alleen gelden in relatie tot het subject dat bepaalde waarden erkend, dan is de vrijheid eigen waarden te kunnen stellen de enige objectieve waarde. Moderne moraal staat dan ook niet toevallig in het teken van deze existentialistisch subjectieve vrijheidsgedachte. Daarbij lijkt deze moraal het postmetafysisch karakter van moderniteit te ironiseren. Anderen wordt immers een schijnbaar objectieve waarde toegesproken, terwijl het relativistisch uitgangspunt is dat er geen objectieve waarde bestaat. Maar dit is maar schijnbaar zo, omdat er voor wie zich op het standpunt van moderniteit als een op moreel relativisme reflecterende vredesorde stelt, wel degelijk algemeen gedeelde waarden van menselijk welzijn bestaan, namelijk al die welke het menselijk overleven bevorderen. Moreel handelen is niets anders dan onverplicht en zonder direct eigenbelang deze (humanistische) waarden respecteren en bevorderen. Modern altruïsme ondersteunt tweede orde moraal en daarom is het dus ook mogelijk om een dergelijke moraal op niet-metafysische, functionele gronden te verdedigen. Ook morele verplichtingen gelden alleen maar omdat ze nuttig zijn. Daarbij is te bedenken dat ze daarom enerzijds geenszins minder belangrijk zijn, maar dat we het anderzijds hier alleen maar over verplichtingen in conventionele zin hebben. Morele verplichtingen worden

weliswaar veelal door informele sancties versterkt, maar er is geen sprake van dat morele normen, dat wil zeggen normen die alleen maar bevorderlijk, maar niet noodzakelijk zijn voor overleven, op één lijn zouden mogen worden gesteld met rechtsnormen, bijvoorbeeld via de politiek. Dat men zich daar in de politiek vaker niet om bekreunt, is het gevolg van de op Rousseau te herleiden metafysische misvatting van democratie als uitdrukking van de volkswil.

Ik had boven gesteld dat er nog een vierde weg voor de fundering van moderne moraal (naast godsdienst en metafysica, vrijheid en nut) is en dat die bestond uit de ontkenning van een filosofische fundering van moraal. In plaats daarvan zou dan traditie of pragmatisme treden, dat wil zeggen historische of sociale condities waaraan moderne moraal min of meer tegemoet komt. LWS behoort tot op zekere hoogte in die categorie, waartoe ook het conservatisme en het pragmatisme behoren, omdat het modern recht en moderne moraal beschouwt als producten van een historische ontwikkeling. Maar in het geval van LWS impliceert dit geen historisme, omdat de grondslag van de theorie als zodanig een zuiver theoretische is.

12. Recht en politieke ideologie

Zoals gezegd is conventionele moderne moraal in het algemeen weinig omstreden, maar de strijd om de filosofische fundering ervan heeft wel geleid tot strijdige politieke ideologieën. Grofweg zijn die in te delen in vier stromingen.

In liberale stromingen staat de vrijheid voorop, in socialistische de gelijkheid, terwijl conservatieve stromingen de stabiliteit en continuïteit benadrukken en dus impliciet teruggrijpen op de Hobbesiaanse problematiek van moderniteit. De vierde mogelijkheid is die van het pragmatisme, waarin politiek een middel is om onder gegeven omstandigheden vreedzame praktische oplossingen voor collectieve maatschappelijke problemen te vinden. Het conservatisme is in feite een vorm van pragmatisme waarbij de nadruk wordt gelegd op het belang van tradities voor het oplossen van maatschappelijke problemen, zowel om een zekere consensus qua normen en waarden te bewerkstelligen als vanwege de wijsheid die in historisch ervaring besloten ligt. Een pragmaticus daarentegen is veelal een conservatief die gevoelig is voor de steeds maar toenemende dynamiek van moderne samenlevingen, waardoor het accent meer op vernieuwing dan op behoud komt te leggen. Maar beide stromingen zijn zeer gevoelig voor de complexiteit van politieke problemen die een manier van opereren wenselijk maken die Karl Popper “piecemeal engineering” heeft genoemd.

Deze vier stromingen doen zich lang niet altijd keurig gescheiden voor natuurlijk, integendeel, in de loop der tijden hebben zich talrijke varianten en hybriden ontwikkeld. Bovendien zijn niet alle moderne politieke ideologieën tot deze vier benaderingen te herleiden. Het fascisme bijvoorbeeld, is, al dan niet in racistische vorm, een product van het sociaal darwinisme. Het groene denken is een vorm van een zich progressief wanende vorm van romantiek over verbondenheid van mens en natuur. Als natuur en mens gelijkgeschakeld worden, kan dat zelfs tot eco-

terrorisme leiden. Een deel van het neoconservatisme, dat steeds meer macht heeft gekregen in met name de V.S., betreft ook religie in het politieke denken en is daardoor eveneens enigszins premodern gekleurd en missionair-aggressief van karakter. Tenslotte zijn er meer pragmatische politieke stromingen die zich echter vrijwel altijd in een min of meer liberaal-democratische context plaatsen, maar daaraan weinig of geen inspiratie menen te kunnen ontleen voor de beantwoording van meer concrete politieke vraagstukken, waarvoor een proefondervindelijke benadering wordt voorgestaan. Pragmatisten achtten zich veelal bij uitstek modern en geven daarom af op ideologisch geïnspireerde politiek.

In LWS is van ieder van deze politieke ideologieën wel iets te herkennen, ook al wordt dat in een heel ander, eigen kader gezet. Zelfs de darwinistische component is vertegenwoordigd, maar juist niet de sociaal-darwinistische, terwijl het bovendien gaat om een cultureel getransformeerd darwinisme. Het groene element is vertegenwoordigd in de overlevensgedachte. Die laat zich ook op de niet-menselijke natuur uitbreiden, maar wel uitsluitend voor zover de niet-menselijke natuur voorwaarde is voor het op de langere termijn overleven van de mens. De vrijheidsgedachte staat in LWS voorop doordat alleen overleven inbreuk op de individuele vrijheid kan legitimeren. De gelijkheidsgedachte is daar direct aan gekoppeld aangezien ongelijkheid binnen het overlevensbestek de legitimatie daarvan rechtstreeks zou ondergraven. Het conservatieve element in LWS is minder direct herkenbaar. Typerend voor de conservatieve visie is de aanname dat er een kernbestand is van

recht, politieke en maatschappelijke instituties, die onveranderlijk zijn, dat wil zeggen dat ze zich wel qua vorm, maar niet in de eraan ten grondslag liggende principes veranderen. Daarnaast zien conservatieven ontwikkeling veelal als een groeiproses. Vanuit het perspectief van LWS is de huidige democratie een paradoxe wijze het probleem van het morele relativisme op te lossen. Het is, zoals boven al gesteld, een typisch modern sociaal systeem om politieke maatschappelijke conflicten op te lossen, namelijk via een competitie om de meeste stemmen van de burgers in combinatie met een parlementair systeem van regering en oppositie. Het systeem is modern in zoverre het gebaseerd is op moreel relativisme, gericht is op pacificatie van politieke strijd en streeft naar rationele controle van politiek en bestuurlijk handelen. Het wordt niettemin gekenmerkt door drie paradoxen.

De eerste is de al door Plato gesignaleerde democratieparadox. Het toppunt van democratie lijkt dat alle burgers het al discussiërend met elkaar eens zijn geworden. Maar wat als die consensus nu juist inhoudt dat de democratie moet worden afgeschaft? Uit moreel relativisme als zodanig kan de democratie namelijk niet worden afgeleid. Uit het feit dat ik de morele waarheid niet kan claimen, volgt immers op zichzelf genomen nog niet dat ik niet mag pogen “mijn” waarheid aan anderen op te leggen. In feite is dat wat de meerderheid voortdurend doet in de democratie, zij het dat meerderheden altijd weer minderheden kunnen worden. In een modelmatige democratie van regering en oppositie waarin, bij wijze van hypothese, alleen een liberale en een socialistische partij bestaat, schept een

liberale regering een liberale samenleving, die na de verloren verkiezingen door een socialistische regering wordt vervangen die de samenleving in een socialistische verandert, die na verloren verkiezingen weer wordt vervangen door een liberale regering die, enz. Wie zou dan niet een voorkeur hebben voor een regeringsprogramma dat in het midden van het politieke spectrum ligt en dat zo een gebrek aan stabiliteit verhindert?

De tweede democratische paradox betreft het feit dat de burger alleen periodiek zijn stem mag uitbrengen en dat er geen maatsstaf is voor de lengte van zo'n periode. Dit impliceert dat een regering ook dan nog in het zadel kan blijven als zij de volksgunst allang verspeeld heeft. Het leidt tot opportunistische praktijken als het doen van leuke dingen voor de mensen vlak voor de verkiezingen waarbij de rekening natuurlijk pas later hoeft te worden betaald. Waarom worden verkiezingen bijvoorbeeld eens in de vier jaar gehouden en niet eens per jaar of eens per tien jaar? Maar waarom mag ik als kiezer niet, als ik dat wil mijn stem voor een bepaalde partij of volksvertegenwoordiger wijzigen? Met de moderne communicatiemiddelen is dat technisch gezien geen groot probleem meer. Zeker, in het huidige democratische systeem impliceert dit een grote kans op instabiliteit van regeringen. Maar wellicht is dit niet het geval als regeringsmacht functioneel gedifferentieerd is over beleidsterreinen en als volksvertegenwoordigers en partijen zich op die terreinen meer inhoudelijk zouden profileren, zodat hun prestaties ook beter meetbaar en vergelijkbaar worden. Goed beschouwd is het

traditionele begrip van democratie helemaal zo democratisch niet.

De derde paradox van het traditionele democratiebegrip is dat het de contingentie van de identiteit van de staat en z'n demos niet in een rationeel kader kan plaatsen. LWS kan dat wel met het behulp van het begrip “optimal territory” van Bruno Frey. Daarin is van definitief gefixeerde politieke grenzen geen sprake meer. Maar dat laatste lijkt toch weinig conservatief? Toch wel, want de rationele kern van het conservatisme, behoedzame aanpassing, zit in de bottom up-constructie van publiekrechtelijke grenzen, waarbij er een duidelijke voorkeur is voor het kleinere verband volgens het subsidiariteitsbeginsel⁴². Dit heeft echter niets te maken met romantische noties als volksgemeenschap en eerbiediging van traditionele gezagsverhoudingen, maar wel met beproefde ervaring en democratie, die gebaat is bij kleinschaligheid. Daarmee is ook meteen het pragmatische element in LWS aangegeven. Wat een optimaal territoir en wat efficiënt bestuur is, is immers in belangrijke mate een kwestie van empirische ervaring.

LWS lijkt aldus niet alleen recht en moraal op dialectische wijze te integreren, de politieke theorie ervan blijkt bovendien alle elementen van moderne politieke ideologieën op een geïntegreerde wijze in zich te kunnen opnemen, ieder van hen als het ware op z'n plaats zettend. Het synthetiserend karakter

⁴² Maar dus niet op de in de EU gebruikelijke wijze waarbij als er ook maar een marginaal grensoverschrijdend effect te constateren is, meteen ook wordt aangenomen dat een bepaalde problematiek per se in EU-kaders moet worden geregeld. Daarmee wordt immers de inefficiëntie en het democratisch deficit van grootschaliger bestuur buiten beschouwing gelaten, net alsof er niet ook intergouvernementele akkoorden zijn te sluiten ten aanzien van grensoverschrijdende aspecten van openbaar bestuur.

ervan maakt het verleidelijk er een waarheidskarakter aan toe te kennen. Maar wie dat zou doen slaat de LWS-plank nu juist compleet mis. De grondslag van LWS is een volstrekt pragmatische, namelijk juist de angst voor de ellende die het gevolg is van het zoeken naar de graal van de ultieme waarheid. Dit is een religieus streven dat voor de moderne mens een volstreekte privé-aangelegenheid zou dienen te zijn.

13. *Recht en religie*

Moderne mensen mijden, door bittere ervaring wijzer geworden, de theologische kwestie als de pest, maar helaas leidt de confrontatie met de cultuur van de premoderne wereld nog steeds tot bittere ervaringen met godsdienstig fanatisme. De wereld van Hobbes lijkt door de globalisering weer terug te keren in het westen. Men vergete echter niet hoeveel moeite het heeft gekost ons van onze eigen theologische erfenis te ontdoen. Dat zoiets in wezen tamelijk triviaals als de grondgedachte van LWS zo lang op zich heeft moeten laten wachten, is alleen maar te begrijpen als men beseft welke weerstand de naturalistische aanzet van Hobbes en Spinoza heeft opgeroepen. De gedachte dat de mens niet meer dan een geavanceerde ontwikkeling van de natuur is, werd beneden de waardigheid van de mens geacht, net alsof dit inzicht niet een wat minder laatlunkende visie op de natuur zou hebben kunnen rechtvaardigen. In de Duitse romantiek had men daar wel enig gevoel voor, maar had men tot aan Schopenhauer toch de behoefte om van de mens iets beters te maken dan een geavanceerd dier. Zelfs Schopenhauer wilde de mens nog een vermogen tot ontstijging van de natuur toedichten,

namelijk een vermogen tot belangeloze sympathie in de vorm van medelijden en van esthetisch genot in de kunst, een gedachte die overigens wel verklaarbaar is in het licht van wat boven is gesteld over het complementaire karakter van recht en moraal in de moderne samenleving. Nietzsche deed weliswaar een stap verder door de mens echt genadeloos als “Wille zur Macht” op te vatten, maar dan uiteindelijk toch wel weer op niveau, namelijk op dat van de Übermensch, dat wil zeggen de mens die zijn angst voor de dood heeft overwonnen en die, zijn eigen waarden stellend, bereid is daar “juichend” aan ten onder te gaan. In het licht van wat ik daar eerder over heb opgemerkt, is ook dit nog als een vorm van cryptoreligieus verlangen te begrijpen⁴³, gemotiveerd door de geachte dat de mens pas echt vrij is eigen waarden te stellen, als hij zich volledig van de natuur heeft losgemaakt. De angst voor de natuurlijke mens was ook niet alleen een Duitse aangelegenheid. John Stuart Mill, geboren en getogen als utilitarist, poogde immers te laten zien dat de hogere, niet-materialistische geneugten van de mens de eigenlijke bestemming van diens lustgevoelens zijn, niet alle menselijke verlangens in één nivellerende pot behoeften te worden gestopt en de samenleving in de richting van verheffing van de mens kon worden gestuurd. Alweer goed verklaarbaar in het licht van het bovengestelde over de samenhang van modern recht en moraal, waarbij moraal als het ware datgene is wat recht als een manier van overleven zin geeft. Maar daarmee nog niet verdedigbaar, omdat het recht zich immers dient te onthouden van het opdringen van enige andere moraal dan het overleven. De

⁴³ Zeker, Nietzsche was geen fascist en, anders dan Wagner, geen antisemiet. Maar hij was wel een echte Blut- und Boden-denker, geïnspireerd als hij was door het in zijn tijd populaire sociaal-darwinisme.

onuitroeibare romantiek bij deze invloedrijke negentiende-eeuwse denkers, zo mooi geanalyseerd in het recentelijk gepubliceerde boek “De romantische orde” van Maarten Doorman, is radicaal verlaten in LWS.

LWS is een bij uitstek burgerlijke, zo niet kleinburgerlijke politieke ideologie die op niet meer gebaseerd is dan zoiets elementairs als afschuw van geweld, ziekte en pijn, honger en machtsmisbruik. Dat de grondgedachte van LWS, “recht als tweede orde moraal”, zo simpel is, verhindert echter niet dat het kan worden gekoppeld aan een tamelijk complexe theorie van recht, moraal en moderne samenleving. Daarbij moet worden opgemerkt dat LWS ook niet de eerste poging is geweest om tot een tweede orde moraal te komen. Dat is, met veel meer succes dan LWS naar alle waarschijnlijkheid ooit beschoren zal zijn, ook gepoogd door de bekendste politieke filosoof van de vorige eeuw, John Rawls. Ik heb boven echter al enigszins laten zien dat de theorie van Rawls over recht als tweede orde moraal, incoherent is. Dat geldt ook nog voor een aantal anderen dan Dworkin die gepoogd hebben op basis van kritiek op Rawls iets als een tweede orde moraal te ontwikkelen. Daarbij komt dat hun theorieën, net als die van Rawls, lang niet krachtig genoeg zijn om, zoals LWS, soms tot in de details van rechtsdogmatische kwesties de weg te kunnen wijzen. Ze vertegenwoordigen geen coherente synthese van maatschappijtheorie en modern recht en kunnen door de jurist grotendeels als weinig relevante metajuridische franje worden genegeerd.

Dat moderne recht en religie zich dus absoluut niet verdragen, wil natuurlijk helemaal niet zeggen dat er geen religie denkbaar is die goed aansluit bij modern recht en moderne moraal. Met name moderne moraal kan een dergelijke versterker goed gebruiken, zoals Verlichters in het verleden maar al te goed beseften. Zij suggereerden religies van het verstand⁴⁴ of van de humaniteit in te stellen, maar dat soort religies waren uiteraard weinig geschikt om de emotionele functie van religie te vervullen, namelijk het opwekken van een gevoel van nauwe verbondenheid tussen mensen en tussen natuur en mens. Een moderne humanistische “religie” zou in staat moeten zijn dit gevoel rechtstreeks, dat wil zeggen langs niet-discursieve weg aan te boren, bijvoorbeeld middels meditatie-technieken of langs biochemische weg, alles op basis van vrijwilligheid uiteraard. Dit zou intermenselijke sympathie en respect voor de natuur kunnen versterken. Zonder deze versterking is er volgens mij een gerede kans dat de moderne menselijke beschaving aan zichzelf te gronde zal gaan.

11. *Postlegomena*

Met het onderzoek van de verhouding van LWS tot moderne politieke filosofen en van de relatie tussen de natuurlijke en de sociale evolutie heb ik mij de afgelopen drie jaar bezig gehouden, althans tot het moment, ruim anderhalf jaar geleden, dat mij duidelijk werd dat men doende was mij de voortzetting van mijn werk onmogelijk te maken. Daar is men tijdelijk in geslaagd omdat het moeilijk is je op je werk te concentreren als je

⁴⁴ Robbespierre heeft inderdaad een “Religion de la Raison” van staatswege ingesteld.

tegelijkertijd ernstig bedreigd wordt in je professionele voortbestaan. In die strijd, waarvan de laatste fase vorige week in mijn voordeel is beslecht, heb ik recht als een manier van overleven nog eens praktisch mogen ervaren. Die rechtsstrijd heb ik niet tot het bittere eind gevoerd uit angst dat die te uitputtend voor mij zou zijn. Maar het is wel dankzij het recht in een vrije samenleving dat ik nu kan verklaren dat ik de faculteit dankbaar ben dat zij mij financieel in staat heeft gesteld om mijn onderzoek voort te zetten als “Privatgelehrter”. Ik heb nu niet alleen meer tijd om mijn onderzoek te voltooien dan wanneer ik voor de faculteit was blijven werken, maar ook meer tijd voor wat gegeven mijn menselijke natuur het dichtste bij mij staat, namelijk mijn met veel, mooi en levendig kroost gezegend gezin. “All is well that ends well” en daarom wens ik de faculteit dan ook succes nu zij, wat er ook zij van de juridische merites van de reorganisatie, onherroepelijk een minder brede, maar niettemin toch nog steeds van grote ambitie getuigende weg is ingeslagen. Daarbij koester ik de herinneringen aan die jaren van de faculteit waarin stimulansen van collega’s, in het bijzonder van Raoul van Caenegem, Hans Crombag, Frank van Dun, Alex Jettinghof, Huub Spoormans en Twan Tak op mij uitgingen zonder welke ik nooit zo ver was gekomen in mijn onderzoek. Even goede herinneringen bewaar ik aan mijn deelneming aan de werkgroep met de AW- en (later) CWS-medewerkers Tannelie Blom, Werner Callebout, Maarten Doorman, Ton Nijhuis en Jo Wachelder. De sporen daarvan, evolutietheorie en sociale systeemtheorie, zijn onuitwisbaar in mijn werk vertegenwoordigd.

Gelet op het feit dat de mij meest dierbare medewerkers van de capaciteitsgroep Metajuridica vrijwel allen hetzij intussen een andere baan hebben, hetzij in financieel niet al te beroerde prepensioenregelingen terecht zullen komen, is in feite vooral de faculteit te beklagen die nu immers verder moet met veel minder medewerkers en in het bijzonder die van metajuridische huize, die zich altijd met hart en ziel voor het academische karakter van de faculteit hebben ingezet. Het is aan hen in het bijzonder dat ik deze afscheidsrede in grote dankbaarheid wil opdragen. Daarbij denk ik met name ook aan de medewerkers waarvan ik het grote genoeg heb gehad de promotor te mogen zijn: Erik Florijn, Coen van Laer, Wouter Cortenraad, Rie Bost en Alex Jettinghof. Al deze promoties hadden voor mij ook een sterk persoonlijk aspect en waren daardoor zeer bijzonder. Het meest bijzonder was ongetwijfeld de promotie van Rie Bost. Wij zijn er gezamenlijk, dat wil zeggen behalve Rie en ik ook Annemiek Derks en Ria Wolleswinkel, in geslaagd om Rie nog te laten promoveren voordat zij, tot verdriet van zo velen, het ondermaanse vaarwel moest zeggen. Rie's dissertatie is echter ook om puur zakelijke redenen voor mij belangrijk geweest. Het bevat namelijk een juridische interpretatietheorie die goed past bij LWS, ook al zocht Rie haar theoretische inspiratie bij Habermas en niet bij LWS.

De tijd om echt weer aan de slag te gaan, is aangebroken. Ik heb mijn afscheidsrede nog een beetje bewerkt na 22 oktober en in het bijzonder heb ik wat beschouwingen toegevoegd over recht, moraal, politiek en religie (par. 11-13) om duidelijk te maken dat LWS ook voor die relatie verhelderend is. Inmiddels heeft

**november in het teken gestaan van de moord op Theo van Gogh.
Het is 350 jaar geleden dat Hobbes' "Leviathan" werd
gepubliceerd, helaas nog bijna even actueel als toen.**

Maastricht, 2 november 2004.